





PHILOSOPHIE DU DROIT.

SE TROUVE A DIJON,

CHEZ LAMARCHE, LIBRAIRE, PLACE SAINT-ÉTIENNE;

CHEZ DÉCAILLY, LIBRAIRE, PLACE D'ARMES.

DIJON, DOUILLIER, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT.

PHILOSOPHIE DU DROIT,

OU COURS D'INTRODUCTION

A

LA SCIENCE DU DROIT.

PAR W. BELIME,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON, AUTEUR DU TRAITÉ
DU DROIT DE POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES.

TOME PREMIER.



Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, les rayons n'étaient pas égaux.
(MONTESQUIEU)

PARIS,

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,
RUE DES GRÈS, 11, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1844.

PRÉFACE.

Origine de ce livre. — Antagonisme de la philosophie et de la pratique. — Jugement sur les auteurs qui ont traité de la philosophie du droit. — Grotius. — Pufendorff. — Wolff. — Burlamaqui. — Kant. — Hegel. — Schelling. — Lherminier. — But que s'est proposé l'auteur. — Plan de son livre.

Lorsque je n'étais encore qu'étudiant, j'ai regretté l'absence d'un ouvrage qui comprît les connaissances préliminaires utiles à celui qui se voue à la carrière des lois. Cet ouvrage, comme je l'entendais, aurait eu deux parties distinctes, l'une philosophique, et l'autre historique : car la philosophie et l'histoire sont les deux avenues de la jurisprudence. La philosophie détermine ce qui est bien, ce qui est conforme à la nature rationnelle de l'homme, absolument parlant. L'histoire déroule devant nous les vicissitudes des institutions; elle nous en révèle l'origine, les progrès et la décadence; elle nous apprend les causes qui les font prospérer, les vices secrets qui les font dépérir. Elle est à la philosophie ce que l'expérience qui éclaire est à la raison qui juge.

Je viens aujourd'hui, non sans défiance, accomplir la première partie de la tâche que je me suis imposée. Tâche ingrate peut-être: car je n'ignore

pas que l'esprit des jurisconsultes est peu favorable à la philosophie. Beaucoup se demanderont sans doute : A quoi bon un livre sur la Philosophie du Droit?

Sans examiner si ce doute n'est point par lui-même une preuve que le livre est nécessaire, il est vrai que les philosophes et les praticiens articulent les uns contre les autres des griefs qui expliquent leur mutuelle antipathie.

Les jurisconsultes reprochent aux philosophes de s'égarer dans une multitude de questions insolubles pour la raison de l'homme, et qui, en les supposant même résolues, n'amèneraient aucun résultat pratique; de ne pas s'en tenir assez aux faits et à l'expérience; de s'isoler, dans leurs spéculations, du monde réel; de se complaire, quand ils veulent parler du droit, dans des conceptions magnifiques dont le seul défaut est d'être inexécutables : reproches qui se résument toujours dans la célèbre question de Cujas, *Quid hoc ad edictum prætoris?*

De leur côté, les philosophes ne peuvent-ils pas nous accuser de négliger les grands principes des vérités morales? Combien de jurisconsultes élevés par leur position seraient embarrassés si on leur demandait la définition des mots les plus vulgaires de la science, la différence du droit positif, du droit naturel, de la morale, de la justice, de l'équité! N'est-ce point parmi nous que se trouvent ceux qui pensent qu'il n'y a pas d'autre jus-

tice que celle du bulletin des lois, ceux qui rampent devant une conjonctive, qui se déconcertent devant une incise, et qui croient que le bien et le mal dépendent d'un qui relatif? Est-ce tout-à-fait sans raison qu'on nous peint quelquefois comme dominés par d'étroits préjugés, comme rebelles à toute innovation, comme persuadés, en un mot, que l'allure du monde doit se régler à perpétuité sur les catéchismes que nous avons étudiés dans les écoles? Combien peu de praticiens songent à se demander si nos institutions sont celles des peuples voisins! Combien prennent la loi comme elle est, sans plus s'inquiéter de son passé qu'ils ne s'inquiètent du passé des aérolithes!

Un homme d'une haute portée de vues a signalé depuis long-temps ce que la philosophie et la pratique ont chacune d'incomplet, quand il disait avec une vérité profonde: « Les philosophes proposent des plans magnifiques, mais sans application. Les jurisconsultes, au contraire, courbés chacun devant les lois de leur pays, devant le droit romain ou devant le droit pontifical, manquent de l'indépendance du jugement, et parlent comme des captifs dans les chaînes[1]. »

Il serait à désirer qu'une fusion s'opérât entre ces deux esprits, qui se corrigeraient l'un par l'au-

[1] « *Philosophi proponunt multa dictu pulchra, sed ab usu remota. Jurisconsulti autem, suæ quisque patriæ legum, vel etiam romanarum vel pontificiarum placitis obnoxii et addicti, judicio sincero non utuntur, sed tanquam e vinculis sermocinantur.* » (Bacon, de Augm. Scient., l. VIII, c. 3, 5, fin.)

tre. Nous possédons à un degré supérieur ce tact des questions juridiques qui nous a fait reconnaître comme les continuateurs des Romains dans la jurisprudence. Mais, il faut le dire, la théorie chez nous est trop négligée : elle s'en va tous les jours. Et cependant, sans la théorie, il ne peut rien se faire de vital : car ce n'est point par les recueils d'arrêts que la science peut prospérer.

Peut-être me suis-je trompé; mais j'ai cru qu'il y aurait à gagner pour tout le monde, même pour des étudiants, à s'élever quelquefois au-dessus de la lettre morte et à remonter aux véritables sources du droit et de la justice. Ce n'est pas tout que de savoir que telle chose est, il faut encore savoir pourquoi elle est, et si elle ne pourrait pas être autrement. Dans tous les cas, on n'a pas fait abus jusqu'à présent de ce genre d'étude en France. Autant l'Allemagne compte de traités sur ce sujet, autant ils sont rares parmi nous.

Hobbes répétait que s'il avait lu autant que les autres, il aurait été aussi ignorant. Il y avait de la hauteur à le dire, et peut-être de l'injustice à le penser. J'aime mieux l'idée de Melchior Gioja, quand il écrivait un traité sur l'utilité qu'on peut retirer des mauvais livres. Qu'on me permette de jeter un coup d'œil sur les auteurs qui ont écrit sur la philosophie du droit, en demandant pardon d'avance des critiques auxquelles je me livrerai. Elles n'auront d'autre but que de montrer pourquoi j'ai cru devoir tenter un essai nouveau.

Les seuls auteurs, ou à peu près, qui soient connus en France, sont Grotius, Pufendorff, Wolff, et Burlamaqui. Ils sont tous étrangers, et ils n'ont pas beaucoup de lecteurs. Quant aux progrès qu'a faits depuis la philosophie du droit, quant aux nouvelles doctrines sorties des écoles d'Allemagne, à peine si quelques intelligences solitaires s'y sont intéressées. La masse n'en a point eu connaissance.

Peu d'ouvrages ont eu à leur début un succès pareil à celui du *Traité de la Paix et de la Guerre* de Grotius[1]. Peu d'ouvrages en furent aussi dignes, si l'on réfléchit à l'état dans lequel il prit la science du droit naturel, et l'immense influence qu'exerça son livre sur la morale publique en Europe.

Avant Grotius, les principes du juste et de l'injuste n'avaient été nulle part posés rationnellement. La science était entre les mains des théologiens, qui prétendaient en baser les règles sur les Ecritures, et qui l'avaient souvent compromise au milieu des mille cas de conscience de leur casuistique. Grotius la tira de cette confusion. Il l'amena sur le terrain du raisonnement. Il posa pour la première fois un principe philosophique auquel il se rattacha pour juger ce qui était permis et ce qui était défendu. Il fut, enfin, le fondateur de la science comme science.

[1] Son livre *De Jure Pacis et Belli* parut pour la première fois à Paris en 1625.

Qu'il n'ait pas rencontré la vérité du premier bond, personne ne s'en étonnera sans doute. Le principe duquel il faisait découler toute justice était celui de la sociabilité. Tout acte qui n'était pas contraire à la nature de la société, était, suivant lui, un acte juste. Ce principe était vicieux, comme je le ferai voir plus bas, notamment, en ce qu'il conduisait à ne pas distinguer ce qui est de droit et ce qui est de morale. C'est, au surplus, un des principaux services de Kant, que d'avoir le premier tracé d'une main ferme cette importante distinction.

Sous la plume de Grotius, la philosophie du droit n'est pas encore dépouillée tout-à-fait de la livrée théologique qu'elle avait portée jusqu'à lui. Il se laisse aller trop souvent à compromettre la dignité des livres saints, en les faisant intervenir comme preuves en faveur de ses décisions. Cette preuve est sans doute la meilleure qu'on puisse invoquer; mais peut-être faut-il en être sobre, quand on pense que le droit est une science philosophique, et non une science d'autorité, et qu'elle n'est véritablement assise sur sa base que quand elle repose sur des raisonnements que puissent accepter tous les hommes, sans distinction de croyances.

Enfin, l'on reproche à Grotius des défauts qui tenaient à son époque. De ce nombre est la manie des citations. Si l'on pouvait retrancher de son livre tout ce qui est copié dans les auteurs

anciens, par quelque procédé semblable à celui de ce rocher d'aimant des Mille et une Nuits, qui enlevait les ferrures des vaisseaux et les faisait périr misérablement, ce qui resterait ne formerait pas sans doute le quart du volume primitif. On dirait que les auteurs de ce temps-là regardaient l'homme comme incapable d'en croire le témoignage de ses sens, à moins d'une citation de Cicéron ou de Tite-Live. C'est une grande fatigue pour ceux qui les lisent aujourd'hui. Je sais bien que le goût de leur temps leur sert d'excuse; mais il n'en est pas moins vrai que sur dix personnes qui commencent le *Traité de la Paix et de la Guerre*, il n'en est peut-être pas une qui aille jusqu'au bout.

Malgré ces reproches, Grotius n'en mérite pas moins la reconnaissance pour avoir affranchi le premier la science et revendiqué les droits de la raison. C'est le temps où l'autorité dominait seule, qui vit naître le livre de Machiavel; quand le libre examen l'eut remplacée, ce livre devint une impossibilité.

Pufendorff, qui reçut l'héritage de Grotius sans rien changer au fond de sa doctrine, n'est, malgré sa célébrité, qu'un lourd et indigeste compilateur[1]. Nulle idée d'ensemble; un génie divagateur, aimant à délayer les petites questions dans

[1] M. Droz (*de la Philosophie Morale*, p. 38) fait honneur à Pufendorff d'avoir inventé la sage doctrine *qui fit désigner sous le nom de* socialistes *les disciples de son auteur*. Ce n'est pas à

un intarissable verbiage; nulle intelligence des anciens, mais force citations pour le seul plaisir de citer : tels sont les défauts de son livre, symbole du pédantisme et de l'ennui. Barbeyrac, son traducteur, l'enrichit de notes tout-à-fait dans la manière du maître.

Les êtres moraux jouent un grand rôle dans le livre de Pufendorff, qui les définit « certains modes que les êtres intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques, en vue de diriger et de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme, et pour mettre quelque ordre, quelque convenance et quelque beauté dans la vie humaine[1]. »

Ailleurs, pour établir la certitude des sciences morales, il ne veut pas qu'on les compare au crépuscule et à l'eau tiède, parce que « ce sont des milieux *participatifs,* c'est-à-dire qui tiennent de l'une et de l'autre des extrémités, comme le tiède tient du chaud et du froid; au lieu que les milieux *négatifs,* tel qu'est l'indifférent et le licite, ne tiennent d'aucune des extrémités, mais sont niés également de toutes les deux[2]. » Voilà ce qui prouve à l'homme qu'il doit obéir à sa conscience.

Il serait malheureux sans doute que la con-

Pufendorff, mais à Grotius, que l'honneur en appartient, si honneur il y a.

[1] *Du Droit de la Nature et des Gens,* liv. I, ch. 1, n° 3.

[2] *Ibid.,* liv. I, ch. 2, n° 9.

naissance de la morale dépendît de ces misères scolastiques. Néanmoins Pufendorff nous apprend encore, dans le chapitre suivant, que la volonté renferme deux facultés subalternes, la spontanéité et la liberté; que, par la première, on la conçoit comme agissant de son propre mouvement, et par la seconde, comme pouvant agir ou ne pas agir; que la spontanéité comprend certains mouvements, soit internes et immédiats, soit externes et commandés, et que ces mouvements ont pour objet trois fins, la volition, l'intention et la jouissance, ou trois moyens, le consentement, le choix et l'usage[1].

Quelle nécessité, enfin, de commencer l'exposition de sa doctrine sur les contrats, en nous apprenant qu'il y a des *signes naturels*, comme la fumée qui indique le feu; des *signes de choses*, tels qu'une horloge, le son des cloches, ou un étendard déployé; et des *signes de mouvements, comme de faire la figue à la manière des Italiens;* mais que tous ces signes sont inférieurs à la parole, donnée à l'homme pour manifester sa pensée[2]?

Certes, la science n'avait été tirée d'un chaos que pour retomber dans un autre. Quand l'ouvrage de Pufendorff aurait eu vingt fois plus de mérite intrinsèque qu'on ne doit lui en reconnaître, on avouera que personne aujourd'hui ne donnerait

[1] Liv. I, ch. 4, n° 1.
[2] Liv. IV, ch. I.

son temps à la lecture d'un livre écrit de ce style et dans cet esprit.

Wolff, qui vint ensuite, voulut éviter la diffusion, les divagations et les citations. Elève de Leibnitz et mathématicien lui-même, il transporta dans la science du droit naturel la méthode des traités de géométrie. On peut lui faire trois reproches principaux.

Le premier et le plus grave porte sur le principe même qu'il adopta pour base de toute sa doctrine. Ce principe n'est plus celui de la sociabilité, mais celui du perfectionnement de l'homme. Le droit naturel aurait pour but, suivant lui, de développer ce perfectionnement; tout ce qui tend à ce but est légitime : principe beaucoup trop étendu, comme je le montrerai plus tard; principe qui serait tout au plus une règle de morale, et qui encore n'en simplifierait guère l'idée. Pour le droit, il n'a pas une mission si élevée : il défend le mal, il ne prescrit pas la vertu.

Le second défaut des traités de Wolff est leur méthode même, qui les rend à peu près illisibles aujourd'hui. Chaque phrase, hérissée de *porro* et de *quamobrem*, se délaie dans le latin le plus lourd, le plus inélégant et le plus filandreux. La méthode des axiomes et des conséquences est d'une désespérante monotonie. D'ailleurs, on a beau faire, les sciences morales ne se soumettront jamais avec profit à la démonstration mathématique. Comme elles n'opèrent point sur des quantités,

elles arrivent rarement à des résultats incontestables. Il leur faut plus de discussion et d'ampleur : car l'observation des phénomènes intérieurs, le sens intime, la persuasion, est ce qui leur donne de la certitude, bien plus que ne le ferait la sécheresse des syllogismes.

Enfin, un dernier reproche que mérite Wolff et toute son école, c'est de n'en guère apprendre plus sur la philosophie du droit que n'en apprendrait l'étude du droit positif lui-même. Ces écrivains paraissaient envisager l'étude du droit naturel comme un moyen de légitimer les institutions existantes, non pas au point de vue politique, car je n'entends pas les accuser de courtisanerie, mais au point de vue du droit privé. Le livre de Wolff n'est guère que du droit romain remis dans un autre ordre. Quelquefois il descendait jusqu'au droit germanique; et on le vit entreprendre, avec plus de zèle que de raison, de faire la théorie de mille détails de législation fort étrangement placés dans un traité de droit naturel [1].

[1] C'est ainsi qu'il déduit du principe de la perfection de l'homme le contrat d'*assecuratio*, de *bodemeria*, et même de *kuckus*. — « *Si in metalli fodina concipiantur partes æquales quotcunque, quælibet istius modi pars indivisa dicitur* pars metallica, *vel etiam, a voce germanica* kuckus (Kux, action dans une mine). *Quamobrem qui* kuckum *habet, pro ea parte dominium habet in ea fodina.... Quamobrem cum pecunia a* kuckuum *dominis in metalla eruenda ac præparanda impendenda, symbola metallica, excessus vero pretii metallorum super impensas, reditus* kuckuum *dicantur; quamdiu metallorum pretium ab impensis deficit aut nihil metalli eruitur, symbolæ conferendæ; si vero illud has*

Je ne sais, à tout prendre, si l'on doit considérer la philosophie de Wolff comme un pas en avant. Burlamaqui revint, dans le siècle dernier, à la pensée de Grotius. Son livre, qu'on peut considérer comme le dernier mot de l'école socialiste, est celui qu'on lit le plus en France[1]. De Félice, son annotateur, ou plutôt son augmentateur, l'a presque doublé par des additions qu'à cause de leur volume, les éditeurs ont imprimées dans le texte, en les distinguant par des astérisques ou des onglets. Souvent il devient difficile de savoir ce qui revient à l'un et à l'autre; et, comme ils sont presque toujours en contradiction, il en naît une confusion fatigante pour l'esprit.

Pour le fond des idées, Burlamaqui n'est pas en progrès sur ses devanciers. Il ne croit plus à la légitimité de l'esclavage proprement dit; mais il approuve le servage de la glèbe[2]. Il pense qu'un père peut vendre ses enfants dans un besoin pressant[3]. Du reste, les questions casuistiques tiennent autant de place dans son livre que dans ceux de Grotius et de Pufendorff; et la démarcation entre la morale et le droit, entre ce qui est hon-

excedit, reditus distribuendi in ratione kuckuum, etc. » (Instit. Jur. Nat., n° 683). — Il faut avouer que la théorie du *kuckus* est singulièrement intruse dans les *Institutions du Droit de la Nature!*

[1] BURLAMAQUI, *Principes du Droit de la Nature et des Gens.* 5 vol. in-8°, édition Dupin, Paris 1820.

[2] Tom. III, p. 465.

[3] Tom. III, p. 430.

nête et ce qui est juste, n'y est pas mieux tracée.

Pour la forme, il l'emporte sans doute; et son livre est le premier qui, par son style, fût à la portée des gens du monde. Sans prétention à l'éloquence, il est généralement écrit avec simplicité et pureté. Malheureusement, son annotateur n'a pas suivi son exemple[1]; et quant à l'auteur lui-même, il conserve encore en trop d'endroits les traces de la rouille scolastique. Que de mortelles distinctions entre les diverses espèces de vérités et d'erreurs! Que de divagations d'une médiocre métaphysique avant d'arriver à son sujet! Que de longueurs en toutes choses! Que de questions, enfin, qui touchent presque au ridicule,

[1] Témoin ces réflexions sur le bonheur envisagé comme mobile des actions des hommes : « Tous les hommes se réunissent sur la nature du bonheur; ils conviennent tous qu'il est le même que le plaisir, ou du moins qu'il doit au plaisir ce qu'il a de plus piquant et de plus délicieux. Un bonheur qu'un plaisir n'anime point par intervalles, et sur lequel il ne verse pas ses faveurs, est moins un vrai bonheur qu'un état et une situation tranquille : c'est un triste bonheur que celui-là. ... Pour remplir nos désirs, il faut nous tirer de cet assoupissement où nous languissons; il faut faire couler la joie jusqu'au plus intime de notre cœur, l'animer par des sentiments agréables, l'agiter par de douces secousses, lui imprimer des mouvements délicieux; mais la condition humaine ne comporte point un pareil état. Tous les moments de notre vie ne peuvent être filés par les plaisirs...... Notre bonheur le plus parfait dans cette vie n'est donc qu'un état tranquille, semé çà et là de quelques plaisirs qui en égaient le fond » (*Principes du Droit naturel*, tom. I, p. 86). — On avouera que ce n'est plus ainsi que s'écrivent de nos jours les traités de philosophie.

soit par leur sujet, soit par la manière dont elles sont traitées[1]

En somme, Burlamaqui ne se distingue de Grotius et de Pufendorff que par sa forme plus moderne, et par les progrès que la raison publique avait faits sur quelques points depuis un siècle; mais c'étaient les traditions de la même école.

Tels sont les seuls ouvrages répandus en France, au moins dans la classe générale des lecteurs. Ils n'étaient pas de nature à y populariser la philosophie du droit ni à en répandre les véritables principes. Quant aux progrès qu'a faits cette science de l'autre côté du Rhin, et aux innombrables ouvrages auxquels elle a donné naissance, ils n'ont guère pénétré parmi nous. Ajoutons que quand même ils eussent été traduits, ils s'y seraient difficilement acclimatés.

Un homme parut en Allemagne à la fin du siècle dernier, génie âpre et inculte, parlant une langue sauvage, mais hardi dans ses conceptions, et habitué à suivre ses pensées jusqu'à cette hauteur où l'ame perd la respiration comme le corps. Il lui fallait des mots nouveaux pour peindre les

[1] Comme quand il discute si l'homme a le droit de se nourrir de la chair des animaux. Il conclut à l'affirmative dans l'intérêt des animaux eux-mêmes, qui autrement se multiplieraient au point de manquer de subsistance et de s'entredévorer; et il cite gravement l'exemple des lapins des Iles Baléares, dont le nombre était devenu si prodigieux, que les habitants furent obligés d'envoyer demander du secours à Auguste. On peut douter néanmoins que ce soit pour rendre service aux animaux que l'homme daigne les manger.

abîmes qu'il découvrit dans les profondeurs de son être. Ces mots, il les créa. Sans aucun moyen de séduction, du fond d'une province de la Prusse, avec un style barbare, Emmanuel Kant renversa en Allemagne les anciennes philosophies. Hume, en attaquant la certitude de la raison humaine, avait proclamé le doute universel. Kant sonda cette raison, en fixa les limites, et apprit à l'homme ce qu'il pouvait connaître et ce qu'il devait se résoudre à ignorer.

Par une idée lumineuse, Kant replaça le droit naturel sur sa vraie base, la liberté de l'homme; il traça la ligne qui sépare les choses de droit des choses de morale. Toutefois, il n'embrassa jamais l'horizon entier de la science. Ce fut l'œuvre de ses élèves, qui développèrent ses idées sur la philosophie du droit dans ces innombrables traités que l'Allemagne a vus naître depuis quarante ans. Loin de moi la pensée de nier ce que ces ouvrages contiennent d'utile. Cependant, il faut l'avouer, les sectateurs de Kant, en faisant du droit un produit de la raison pure, un concept *a priori*, indépendant de toutes les circonstances extérieures, ont prétendu lui donner une rigueur et une universalité qui ne saurait lui appartenir que pour un petit nombre de principes. Ils se sont jetés dans un excès, pendant que l'école historique se jetait dans un autre beaucoup plus dangereux, en représentant toutes les institutions comme ayant leur raison d'être suffisante, suivant les temps et

suivant les lieux. Ce serait un travail pénible pour un esprit français, que de lire ces traités, où la déduction rationnelle est tirée avec une subtilité extrême, dans le langage métaphysique le plus obscur, sans jamais rencontrer un fait ou un exemple pour reposer l'attention.

Ajoutons, enfin, que leur style scientifique ferait tomber le livre des mains du lecteur, bientôt las de l'*homo phænomenon*, de l'*homo noumenon*, du conditionné et de l'inconditionné, de l'impératif catégorique, et de tous ces mots bizarres qui sont comme le Schiboleth des disciples de la philosophie kantienne.

Malgré ces reproches, on n'en doit pas moins à l'école de Kant la plus grande reconnaissance, pour avoir posé des principes vrais, et surtout pour la conviction avec laquelle elle a défendu le dogme d'une justice absolue, obligatoire pour tous les hommes, indépendamment des lois sociales.

Kant, sous une forme que nous trouverions obscure en France, avait posé des principes fermes et rationnels. Il avait jeté l'ancre du juste et de l'injuste sur un terrain solide. Mais bientôt on voulut être plus sublime : on voulut s'élever à des conceptions générales plus vastes. De nouvelles philosophies prirent le monde à rebours par Dieu et par l'absolu; elles firent l'homme si petit, qu'il devint moins que rien dans le vaste ensemble du système. A peine daigna-t-on lui reconnaître une personnalité. On ne vit plus que l'humanité pro-

gressant d'âge en âge, changeant de figure, de conscience, de droit à chaque siècle, par une fatalité nécessaire. Suivant ces néo-philosophies, le droit naturel était la dernière des niaiseries dont l'homme dût s'occuper. Pure illusion des intelligences bornées, que de croire au droit naturel! Il n'y a pas de droit immuable. Il y a la justice du xve siècle, la justice du xvie siècle, et ainsi de suite. On ne peut connaître ce qui est juste que par l'histoire, qui nous révèle tous les éléments de la vie sociale d'un peuple. La justice marche, elle progresse. Peut-être ce qui était juste quand un philosophe commence son livre, ne l'est-il plus quand il y met la dernière main.

Ces idées, qui n'ont pu encore se dégager du vague germanique, ont leur première racine dans les philosophies de Hegel et de Schelling, dont je demande la permission de dire encore un mot.

Hegel a cessé de vivre depuis peu d'années. Sa philosophie fut long-temps classique dans les écoles de Prusse: elle tient bon, même aujourd'hui, contre l'irruption de celle de Schelling, patronnée par le gouvernement. Aucun homme ne fut élevé plus haut par ses adeptes. Le savant Gans, dans la préface de son *Droit de Succession*, si célèbre en Allemagne, avoue solennellement que jusqu'à Hegel il n'avait rien conçu à la philosophie du droit, et que c'est ce philosophe qui déchira le voile dont ses yeux étaient couverts[1]. Que sera-ce

[1] Gans, *Erbrecht*, Vorrede, S. xxxix. Berlin, 1824.

donc que le *Droit naturel* de Hegel, et quels flots de lumière doivent s'échapper de ce livre!

Un Français éprouve du désenchantement, il faut en convenir, quand il apprend, dans Hegel, qu'il n'y a de vérité que dans l'absolu; que l'absolu, c'est l'idée qui se réalise à l'infini; que l'idée absolue s'individualise, et devient différence de soi à soi; que la différence, l'individuel, est mis en rapport avec une infinité d'autres individualités; mais qu'aucune d'elles ne correspond au caractère de l'idée absolue, et que la puissance de celle-ci anéantit l'individuel; que l'idée absolue se réalise dans chaque être particulier comme dans l'univers tout entier; que la nature est le produit de l'opposition de l'idée absolue avec elle-même; qu'elle n'est point une création effectuée par une intelligence ayant conscience d'elle-même, mais une contradiction dont Dieu cherche à l'affranchir; que la nécessité et le hasard y dominent, et que les traces d'intelligence qu'on observe dans la nature proviennent de l'idée qui parvient à se faire jour[1].

Hegel donne une grande place dans sa philosophie à l'ame du monde (*Weltgeist*), qui déploie dans l'histoire la plus riche variété de ses oppositions, et qui exerce sans relâche le jugement

[1]Toutes ces phrases sont extraites presque textuellement d'une très-bonne analyse de la philosophie de Hegel donnée par M. Schützenberger dans ses *Études de Droit public*, p. 202 et suiv.

suprême, en ramenant ces oppositions à l'identité avec soi-même.

Quant au juste et à l'injuste, que sera-t-il dans cette doctrine? Le droit, dans sa course à travers les siècles, n'est qu'un développement, une évolution de moments transitoires dans la genèse de l'absolu. Tout est nécessaire, le mal comme le bien; les institutions les plus déplorables devaient être comme un degré pour arriver au mieux. De là la maxime de Hegel : « Tout ce qui existe est rationnel, et tout ce qui est rationnel existe [1]. »

Veut-on savoir maintenant comment Hegel résume l'histoire des développements du droit dans l'humanité? Ecoutons cette analyse :

« Quatre principes constituent le développement de l'esprit du monde.

» Le premier, c'est-à-dire la manifestation immédiate de l'esprit universel, fut la substance, c'est-à-dire la forme identique et substantielle dans laquelle l'unité reposait comme ensevelie dans son essence.

» Le second principe est la conscience de la substance, qui produit le sentiment, l'indépendance, la vie, et l'individualité sous la forme du beau moral.

» Le troisième principe est le développement plus profond de la conscience qui se pose dans l'opposition d'une universalité abstraite et d'une individualité plus abstraite encore.

[1] *Alles was ist, ist vernünftig, und was vernünftig ist, ist.*

» Le quatrième principe commence par la destruction de l'opposition précédente, et consiste dans la possession de la vérité concrète des choses, de la vérité morale dans ce qu'elle a de plus intime, de plus puissant et de plus normal.

» Ces quatre principes sont représentés par quatre mondes : le monde oriental, le monde grec, le monde romain, le monde germanique[1]. »

Jusqu'ici je n'ai cité Hegel qu'à travers des traductions officieuses. Que l'on ne croie pas que sa pensée y ait perdu de sa lucidité : tout au contraire, je reconnais que ses interprètes l'ont considérablement éclairci ; et, pour le prouver, je demanderai la permission de placer encore ici un ou deux passages que je traduirai cette fois sur l'original.

Voici en quels termes Hegel enseigne ce qu'il faut entendre par la propriété.

« L'esprit, dans l'immédiativité de sa liberté existant pour elle-même, est *solitaire;* mais il sait sa solitude comme volonté libre absolue. La *personne* consiste dans la science réfléchie de cette liberté, ne considérant plus sa séparation et son accomplissement d'une manière abstraite et vide en elle-même, mais par rapport à une chose extérieure. Cette chose est, vis-à-vis la subjectivité de l'intelligence et du libre arbitre, un sans-vouloir sans droit, d'où résulte par accident, dans la sphère extérieure de la liberté, la *possession.*

[1] Lherminier, introduction, p. 267.

» Le prédicat purement pratique du *mien*, qui contient la chose par le jugement de la possession au moins dans sa puissance extérieure, a ici la signification que j'y place ma volonté personnelle. Par cette détermination, la possession devient *propriété*, qui, comme possession, n'est qu'un *moyen*, mais qui, comme présence de la personnalité, est un *but*[1]. »

Et cette définition du mariage:

« Le mariage contient, comme rapport moral immédiat, premièrement l'élément de la vitalité naturelle, et même, comme rapport substantiel, la vitalité dans son entier, c'est-à-dire comme réalité du genre et de son développement; mais, secondement, dans la conscience de soi, l'unité des sexes naturels, qui n'est qu'intérieure ou existant en elle-même, et qui avec cela n'est qu'extérieure dans son existence, est changée en un amour spirituel ayant conscience de lui[2]. »

Dirai-je la vérité? En lisant des pages de ce style, il m'est quelquefois venu à la pensée que les métaphysiciens allemands ne se comprenaient pas eux-mêmes, ou qu'ils se donnaient bien du mal, comme les en accusait Schiller, pour nous apprendre, à grand renfort de termes scientifiques, que ce qui est froid n'est pas chaud, et que ce qui est humide n'est pas sec[3]. Mais j'ai bien

[1] *Encyclopédie des Sciences philosophiques*, § 488-89.
[2] Hegel, *Droit de la Nature*, § 161.
[3] *Der Schnee macht kalt, das Feuer brennt.*

vite rejeté cette idée, qui ne serait qu'une grave erreur. Le succès même qu'obtiennent en Allemagne des livres de ce genre, témoigne de leur supériorité sous d'autres rapports.

Il faut convenir toutefois que si les choses ont deux anses, comme le disait cet ancien[1], l'une qui les rend faciles, et l'autre difficiles à porter, le génie français les prend par l'anse facile, tandis que les Allemands paraissent préférer l'autre.

Que dirai-je maintenant de M. de Schelling, qui professe encore à Berlin, entouré de tous les prestiges de la renommée? Parti de la doctrine de Fichte, qu'il partagea d'abord, il marcha depuis continuellement en avant, développant progressivement ses nouvelles théories dans une foule d'écrits publiés à de courts intervalles. Sa philosophie porte le nom d'idéalisme transcendental. On n'attend pas sans doute que je puisse exposer une machine si compliquée dans les bornes de cette rapide esquisse. Qu'il me suffise de dire que, dans sa philosophie, les limites de la matière et de l'esprit se confondent presque. Aux yeux de

Der Mensch geht auf zwey Füssen,
Die Sonne scheint am Firmament:
Das kann, wer auch nicht Logik kennt,
Durch seine Sinne wissen.
Doch wer Metaphysik studirt,
Der weiss, dass wer verbrennt, nicht friert,
Weiss, dass das Nasse feuchtet
Und dass das Helle leuchtet.
(Die Weltweisen.)

[1] Epictète (dans le *Manuel* d'Arrien), § 66.

M. de Schelling, le monde matériel et le monde moral ne sont que le développement parallèle d'une même idée de Dieu. « La nature, dit-il, est l'intelligence morte; elle est la manifestation extérieure du système de la forme de la pensée, comme l'ame est la manifestation de ce même système dans la forme de la conscience. » Aussi croit-il que ces deux mondes se régissent par les mêmes lois, subissent les mêmes phases, et progressent simultanément.

La manière dont M. de Schelling parle de Dieu n'est pas moins obscure, mais elle est plus bizarre. Il ne le distingue pas bien du monde visible. Son Dieu n'est plus un Dieu oisif dans sa perfection comme le Dieu des autres hommes: il progresse aussi avec tout l'univers. Pourtant il n'est pas bien sûr qu'il soit encore sorti de l'enfance : « Quelque chose doit précéder l'intelligence : c'est l'être, puisque l'intelligence est le complément de l'être. Ce qui est le commencement de l'intelligence ne peut pas être intelligent: car, sans cela, la distinction n'existerait plus. Et pourtant Dieu ne peut pas être non plus non-intelligent, puisqu'il est la possibilité de l'intelligence. Que sera-t-il donc? Il sera un moyen terme. Il agira avec sagesse, mais avec une sagesse instinctive, innée, aveugle, comme on voit quelquefois des enthousiastes qui prononcent des discours pleins de sens, sans en avoir la conscience et comme par inspiration[1]. »

[1] Schelling, *Denkmal der Schrift von den gœttlichen Dingen*, S. 94.



Au surplus, M. de Schelling a depuis affirmé que Dieu s'était reconnu, et qu'il avait acquis la conscience réfléchie de lui-même.

Il faut voir dans les ouvrages de l'auteur le singulier mélange des choses de conscience avec les questions de polarité, de magnétisme, et même les figures de géométrie qui prouvent l'alliance du physique et du moral : car on regarde comme un de ses principaux titres de gloire d'avoir fondé la philosophie de la nature.

Quant au droit lui-même, M. de Schelling s'en est peu occupé, au moins du droit privé, qui n'atteint guère au niveau de ses hautes spéculations. Il a jeté quelques idées sur le droit public et sur l'organisation de l'état, qu'il fait rentrer dans son système de développement progressif des forces de la nature [1].

Suivant lui, l'état, source de tout droit, consiste dans la pensée de la volonté générale, non pas telle qu'elle résulte des suffrages individuels, mais telle qu'elle doit être.

Cette pensée correspond à un moi absolu qui n'existe, à la vérité, nulle part, mais qui doit être conçu comme ayant son développement progressif dans le monde. Cet organisme social est l'ex-

[1] L'exposé suivant des idées de M. de Schelling sur le droit n'est pas tiré de ses propres ouvrages, où je crois que l'on ne trouverait rien sur cette matière. Je l'ai puisé dans le livre de Stahl, qui atteste en avoir entendu le développement au cours de M. de Schelling à Munich. V. STAHL, *Philosophie des Rechts* (Philosophie du Droit), tom. I, p. 260-269. Heidelberg, 1830.

pression la plus élevée de l'identité du général et du particulier, de l'un et du multiple, puisque la volonté absolue devient la volonté de tous et celle de chacun.

Cette unité, cette fusion, il faut qu'elle existe, parce que Dieu la veut, Dieu qui a fait les hommes et les lois morales, les lois pour les personnes libres, et les personnes libres pour les lois.

L'objectivité du droit, sa parfaite rationalité, est atteinte lorsqu'on a ainsi fondé cette science sur une existence et sur une volonté supérieure à celle de l'homme. Alors les institutions n'apparaissent plus comme ayant pour but de réaliser un dessein de l'homme; elles n'ont plus même l'homme pour fin. Elles ont une mission plus élevée, celle de réaliser l'idéal de la beauté de la vie publique pour elle-même.

En effet, l'absolu ne peut être que pour lui-même; il serait contradictoire qu'il ne fût qu'un moyen. La société n'est donc pas faite pour la protection de l'individu. Insensés ceux qui se demandent à quoi sert l'état! Demande-t-on à Dieu pourquoi il a créé la nature? Dieu crée l'arbre pour l'arbre; il ne le crée pas en vue des feuilles dont cet arbre se couvre et se dépouille selon les saisons.

Il suit de là que, quand l'homme subit l'ascendant d'un pouvoir social, ce n'est pas à l'état, à proprement parler, qu'il se soumet: c'est à Dieu, c'est à la volonté divine. Plus il s'éclairera, plus il

concevra cette vérité, et plus sa soumission à l'état sera libre et complète.

M. de Schelling couronne ces doctrines, qui ne doivent pas déplaire aux puissances terrestres, en proclamant que l'état n'est pas plus stationnaire que Dieu lui-même. Il fut d'abord impersonnel, comme Dieu, qui, dans sa première période, manquait de personnalité et de conscience, mais qui, plus tard, s'est replié sur lui-même, s'est reconnu, et a pris un caractère de personnalité. Les sociétés subissent les mêmes phases. Et c'est ainsi qu'un développement harmonique fait progresser sans cesse le monde physique, le monde moral, le monde idéal, et Dieu lui-même, dont ce triple monde n'est que la triple expression.

Ce que je vois de plus clair dans cette philosophie du panthéisme, avec ses évolutions de l'humanité, c'est qu'il n'y a rien d'absolument bon, ni d'absolument coupable; mais que toute chose est *naturelle,* pourvu qu'elle vienne en son temps, selon la loi du progrès; que nous ne sommes pas ici-bas pour nous-mêmes, mais pour réaliser les idées de Dieu: et comme apparemment personne ne se flatte d'avoir pénétré dans les conseils de là-haut, nous devons nous contenter d'affirmer, sans chercher à raisonner avec ceux qui douteraient de nos oracles; nous devons mettre l'intuition à la place de la logique, et pour le surplus laisser faire, dans la confiance que l'humanité ne manquera pas à ses évolutions.

Enfin, d'autres philosophes, renchérissant encore sur ces idées, ont de nouveau plongé la science du droit philosophique dans les nuages du mysticisme d'où elle s'était dégagée depuis Grotius. C'est ainsi que, dans un livre qui a du retentissement de l'autre côté du Rhin, l'auteur a prétendu asseoir la base de son droit public sur le mystère de la Sainte-Trinité [1].

Je n'accuse que mon intelligence de ne pas pouvoir m'élever jusqu'au rang des admirateurs des plus éloquents professeurs de l'Allemagne. Heureux toutefois le pays où les idées ont encore assez de puissance, où la science est assez prise au sérieux, pour que des doctrines de cette profondeur aient leurs partisans fanatiques, comme leurs adversaires convaincus! Dans quel pays, si ce n'est en Allemagne, pourrait-on discuter avec passion si Dieu progresse ou si Dieu ne progresse pas? A chaque peuple son aptitude et son génie. En France, traitez de pareilles questions, et vous ne réussirez probablement qu'à rebuter tous les lecteurs.

Puisque aussi bien chacun doit être de son pays, ne méprisons pas trop non plus l'esprit français, cet esprit si net, si lucide, si positif, si peu disposé à se payer de mots, comprenant tout ce qui est grand, mais doué d'un tact si fin pour sentir le vide des faux systèmes. Déjà l'Europe

[1] STAHL, *Philosophie des Rechts*, tom. III, p. 26.

s'accorde à nous reconnaître le sens juridique au plus haut degré. Je serais bien tenté de croire que, si nous le voulions, le sens philosophique nous appartiendrait aussi. Encore un peu de temps; et quand sera tombée toute cette poussière qu'ont élevée quelques hommes puissants par la parole, l'Allemagne se réveillera, et secouera d'étranges illusions.

Le mysticisme germanique a trouvé de ce côté-ci du Rhin des imitateurs, et des imitateurs éloquents. En passant par l'esprit français, il y a pris des couleurs, des contours plus arrêtés, au moins quant au langage : car pour le fond des idées, il n'a pas donné de conclusion plus précise. Il s'est mis à faire de la poésie sur le droit. Les institutions sont devenues des dithyrambes; on drape l'Orient, l'Occident et la féodalité de quelques phrases à effet, et cela s'appelle recueillir les grands résultats. Il y a un talent de mettre l'humanité en symboles, de comparer les législations sans parler d'aucune législation, de coudre ensemble des lambeaux de biographies, de métamorphoser les hommes en mythes, et de passer adroitement du droit à l'histoire et de l'histoire au droit, pour se dispenser de parler sérieusement ni de l'un ni de l'autre. L'école dont je parle méconnaissait trop l'esprit pratique de la France pour y devenir jamais populaire.

Un livre a été publié, il y a quelques années, sous le même titre que le mien, par M. Lhermi-

nier, professeur au collége de France [1]. C'est tout ce qu'il y a de commun entre ces deux ouvrages.

M. Lherminier envisage le droit d'une manière tellement générale, qu'il ne comprend plus seulement la morale, dont cependant il se distingue, mais encore la politique, les arts, la religion, et toute la vie de l'humanité. Il semble croire que tous ces appareils changent suivant les époques, et par conséquent il ne pouvait chercher à fixer la forme rationnelle d'aucune institution. Son livre est empreint d'une haute poésie. Le christianisme, la féodalité, les Gracches, le Laocoon, Descartes, Leibnitz, la Transfiguration de Raphaël, Bonaparte, se pressent dans ses pages éloquentes où tous les produits de l'esprit humain s'illuminent et réagissent l'un sur l'autre. Mais de nos Codes, mais du mariage, mais des contrats et des hypothèques, il n'en a rien dit et rien voulu dire, parce que tel n'était pas son plan. Le mien était tout différent: je me suis restreint dans le domaine du droit proprement dit, et même j'ai appuyé plus spécialement sur le droit privé, trop négligé par les philosophes, et sur lequel, par cela même, il reste quelque chose à dire. Il m'a semblé que ce n'était pas par les généralités, mais par les détails, que l'on pouvait être utile. Je n'ai donc pas dédaigné d'y descendre.

Dût-on me ranger parmi les écrivains du droit

[1] *Philosophie du Droit*, par Lherminier, 2 vol. Paris, 1835.

naturel, si décrié de nos jours, j'avoue que je crois à un type rationnel dans le droit; je crois que chaque institution à une forme immuable par sa conformité avec la raison et avec la nature de l'homme, et que tout ce qui n'est pas cette forme n'est pas encore le bien. En cela je me confonds avec les anciens auteurs; mais je conviens qu'ils étaient fort arriérés sous certains rapports: à une étude imparfaite du droit romain, à peine joignaient-ils quelques citations plus ou moins suspectes, tirées, sans critique, des auteurs de l'antiquité ou des voyageurs modernes. Aujourd'hui l'histoire des institutions anciennes, la connaissance des législations modernes comparées, fournit un élément nouveau dont on doit tirer parti. Cet élément d'un si haut intérêt, j'ai tâché de ne pas le négliger.

J'ai voulu faire connaître, non pas seulement ce qui doit être, mais aussi ce qui a été et ce qui est, persuadé qu'avec des principes fermes, la diversité des institutions ne doit pas engendrer le scepticisme, mais la confiance dans le droit confirmée par le spectacle de ce qui ne l'est pas.

Tout en poursuivant cette idée principale, j'ai voulu aussi mettre ceux qui veulent s'instruire au courant des principales doctrines morales en connexion avec la science du droit; j'ai voulu leur faire connaître le vaste cercle que cette science embrasse, les diverses parties qu'elle comprend, les grands principes qui dominent chacune d'elles.

A côté de la forme rationnelle de chaque institution, j'ai voulu montrer ce qu'elle avait été dans les temps passés, et signaler l'influence réciproque des mœurs sur les lois et des lois sur les mœurs. J'ai voulu signaler à la jeunesse les bons livres à consulter sur les objets principaux des études, et ne pas lui laisser ignorer les grandes questions juridiques agitées de nos jours, où l'on a tant discuté et tant remanié les lois. Quant au plan que j'ai adopté et à la manière dont je l'ai mis à exécution, j'en sens moi-même toute l'insuffisance. Mais le sujet était si vaste, qu'il était difficile de s'élever au niveau de ce qu'il commandait.

C'est ainsi que j'ai cru devoir envisager le cours d'introduction à l'étude du droit, récemment introduit dans les écoles françaises. Peut-être trouvera-t-on que c'est lui donner une direction trop exclusivement philosophique : à cela j'ai deux réponses à faire. D'abord, je n'aurais pas voulu réduire les proportions de ce cours à celles qu'on lui donne en Allemagne, si j'en juge par les auteurs qui ont écrit sur la matière, et dans les livres desquels on ne trouve qu'une sèche indication des diverses branches de l'étude du droit, avec de longues listes d'ouvrages copiées dans les dictionnaires bibliographiques. En second lieu, dans les universités allemandes, il y a, outre le cours d'introduction à l'étude du droit, un cours de droit naturel, qui n'existe pas chez nous. J'ai

cru devoir, pour ainsi dire, les fondre l'un avec l'autre. Enfin, quant aux notions purement historiques, je n'ai pas eu à m'en occuper ici, parce que je compte revenir plus tard sur ce sujet.

Si maintenant on me demandait dans quel système j'ai écrit et quelle idée je me propose de faire prévaloir, je répondrais franchement que je n'ai pas assez de science ni d'habileté pour édifier ce qu'on appelle un système. Je sais qu'aujourd'hui c'est une condition de succès que de se faire le propagateur d'une idée quelconque, fût-elle unique, de la poursuivre dans le simple et dans le composé, et d'y rapporter toutes choses. L'un, par exemple, prouvera que le droit suit les variations du thermomètre; l'autre, que les idées du juste et de l'injuste, comme toute l'histoire d'un peuple, dépendent de son mode d'alimentation. Pour celui-ci, la question de moralité d'une nation se réduit à savoir si ses villes sont construites en îles ou en pâtés. Enfin, avec un peu de talent, on peut s'élever au niveau de ce physicien qui expliquait les fréquentes révolutions des républiques d'Amérique par les basaltes et les amygdaloïdes, lesquels, en augmentant la charge électrique de l'atmosphère, rendent les peuples inconstants, irritables, et toujours prêts à renverser le gouvernement[1].

En traçant quelques traits de la philosophie du

[1] Ce fait est rapporté par Humboldt, *Essai politique sur la Nouvelle-Espagne*, tom. II, p. 496.

droit, je n'ai écrit dans aucun système, mais je n'ai eu pour but que la vérité. Système vient de deux mots grecs qui signifient *mettre ensemble*, c'est-à-dire mettre ensemble la vérité et l'erreur : du moins c'est l'acception que ce mot pourrait recevoir le plus souvent chez les modernes. Je me suis toujours défié des systèmes. La vérité n'est pas si simple qu'on veut la faire. Dans le monde moral comme dans le monde matériel, il n'y a rien qui soit l'effet d'une force unique.

Jetez les yeux sur la nature, au printemps, quand tout est mouvement et croissance; voyez les arbres donner leurs fleurs et s'incliner mollement sous les brises; voyez les eaux qui murmurent, qui tombent en cascade, ou qui s'épanchent en reflétant les clartés du ciel. Sur ce magnifique théâtre, l'oiseau chante et construit son nid; l'insecte bourdonne dans un rayon de soleil; les troupeaux paissent l'herbe des prairies; l'homme se promène au milieu d'eux, revêtu du bandeau royal, et imprime partout le sceau de sa domination. Dans cet ensemble si merveilleux par ses détails, si grand par son harmonie, croyez-vous que tout obéisse à une force unique? Dieu sacrifie-t-il la loi de la gravitation à la loi de l'expansion? Non sans doute : il a coordonné toutes ces lois contraires dans son œuvre admirable ; c'est de leur action justement balancée que naît le mouvement, la vie et la diversité.

Eh bien! il en est de même dans le domaine de

l'intelligence. Le droit aussi n'est que la coordination des forces contraires, il n'est qu'une souple transaction entre mille intérêts variés. Gardons-nous de croire qu'une seule idée y domine : car s'il est vrai que la liberté et l'égalité de l'homme en soient la base, mille considérations viennent croiser ce principe et le limiter de toutes parts.

Pourtant, je dois l'avouer, une idée m'a préoccupé avant tout. Il m'a semblé voir qu'en France les croyances morales s'affaiblissaient, que la doctrine de l'utilité y gagnait du terrain, et que la loi du devoir perdait chaque jour de son empire salutaire sur les esprits, pour faire place à d'étroites considérations matérielles. Il m'a semblé aussi que les ouvrages qui pourraient combattre cette funeste tendance n'étaient pas de nature à flatter le goût de notre époque. J'aurais voulu combler cette lacune, et mon but le plus cher serait atteint si, dans le cercle d'influence qu'il m'est donné d'exercer, je parvenais à raffermir les principes du juste et de l'injuste, ébranlés aujourd'hui dans trop de consciences.

C'est dans ce but, que j'ai mis dans mon livre le moins de métaphysique que j'ai pu. Je n'ai pas commencé, comme d'autres, par remonter à l'origine des idées. J'ai évité même jusqu'à l'apparence du langage scolastique, afin de n'effaroucher personne. Sans prendre parti pour aucune école, j'ai voulu traiter toutes les questions par le sens com-

mun, de manière à pouvoir être compris par toutes les intelligences.

Serait-il donc impossible, au milieu de cette tourmente continuelle des philosophies, de fonder les principes du juste et de l'injuste, comme un roc immobile sur lequel les naufragés de tous les systèmes pussent venir se reposer en sûreté?

Sans me flatter d'avoir dit des choses nouvelles, si du moins je les avais dites de manière à les rendre plus accessibles, mon but ne serait pas manqué tout-à-fait. C'est par-là seulement que je voudrais l'emporter sur tant de bons ouvrages où la vérité, cachée sous des dehors trop sévères et trop scientifiques, rappelle presque l'apostrophe du poète à propos de ces oracles de l'antiquité qu'il fallait aller chercher dans des solitudes éloignées [1]. Les hommes, aujourd'hui, sont devenus avares de leur attention. Si la vérité ne s'offre pas à eux dans toute sa simplicité, ils ne se détournent guère de leur route pour s'engager dans des sentiers difficiles qui les y conduiraient.

En terminant, je n'ajoute plus qu'un mot pour rendre un témoignage de ma gratitude à M. Tissot, professeur à la Faculté des Lettres de Dijon, qui a bien voulu mettre à ma disposition en toute occasion sa bibliothèque, ses conseils, et sa science profonde en philosophie.

[1] .... *Sterilesne elegit arenas*
Ut caneret paucis, mersitque hoc pulvere verum?
a dit Lucain, en parlant de l'oracle de Jupiter Ammon. (Pharsal., lib. ix.

VUE GÉNÉRALE DU LIVRE.

1er VOLUME.

PARTIE GÉNÉRALE.

1er Livre. Fondement des idées morales; du principe du bien et du mal; examen des divers systèmes proposés.

2e Livre. Du droit; distinction du droit et de la morale; des diverses espèces de droit : droit naturel, droit positif, etc.

3e Livre. Des diverses branches de la science du droit : du droit public et privé, du droit des gens, du droit constitutionnel, du droit pénal, etc., etc.

4e Livre. Des sources du droit positif; des lois; de la coutume; de la jurisprudence, etc., etc.

2e VOLUME.

PARTIE SPÉCIALE.

1er Livre. De l'état des personnes.
2e Livre. De la propriété.
3e Livre. Des successions.
4e Livre. Des obligations en général.
5e Livre. Des diverses espèces de contrats.
6e Livre. Des preuves judiciaires.

LIVRE PREMIER.

FONDEMENT DES IDÉES MORALES.

SOMMAIRE DU LIVRE PREMIER.

De l'existence de la loi morale. — Systèmes de l'antiquité : Platon, Aristote, Epicure. — De ceux qui ont nié cette loi : panthéisme, scepticisme. — Systèmes religieux. — Système de l'égoïsme : Hobbes, Helvétius, Bentham; réfutation de cette doctrine. — Système du sens moral : Hume. — De ceux qui placent dans la raison le siége des idées morales : Price, Dugald-Stewart, Clarke, Wollaston, Wolff, Jouffroy, Kant. — Principe fondamental de la morale. — De la conscience, et des causes qui la dénaturent. — De la doctrine de la probabilité. — De la doctrine du plus petit mal pour un plus grand bien. — Si l'on doit obéir à une loi contraire au droit naturel. — S'il y a en politique d'autres principes d'honnêteté que dans la vie privée. — De la doctrine de la perfectibilité.

CHAPITRE PREMIER.

Du Droit en général.

Le hasard, la force et le droit gouvernent les hommes. Plus on remonte dans le passé, plus la part du droit est petite; mais à mesure qu'on se rapproche des temps modernes, on voit sa puissance grandir. S'il recule quelquefois devant la force, s'il disparaît un moment devant elle, il ne tarde pas à se relever plus respecté qu'auparavant.

Ce principe puissant et flexible, qui prend l'hom-

me au berceau et qui ne le quitte qu'à sa dernière demeure, qui préside aux traités des rois comme aux échanges conclus sous la chaumière, la plupart lui obéissent sans réfléchir à son origine. Les sages se sont demandé d'où dérivait sa légitimité, pourquoi son langage et sa forme variaient suivant les lieux, et s'il était l'œuvre du caprice ou le produit d'une volonté intelligente.

« La lumière du soleil est une, a dit un ancien [1], quoiqu'on la voie dispersée sur des murailles, sur des montagnes et sur mille autres objets. » De même, la raison de l'homme est une, et le droit, produit de la raison, est un aussi, quelque variété qu'on remarque dans les institutions qui le composent.

Rechercher la cause de cette prodigieuse diversité des lois, qui n'est jamais purement capricieuse; déterminer en même temps ces grands principes d'équité primitive qui dominent sous toutes les latitudes, que tous les hommes doivent respecter : tel est le but de la philosophie du droit.

Une société dans l'enfance n'a besoin que d'un petit nombre de lois, qui pour la plupart se réduisent à des coutumes. Mais quand la cité s'agrandit, quand la civilisation se développe, la législation doit se compliquer pour embrasser les relations sociales qui se multiplient. Néanmoins, quelque obligé que soit le législateur de céder aux influences diverses des temps et des climats, il y a un fonds commun de

[1] Marc-Aurèle, *Pensées*, ch. VIII, 5.

principes qui restent vrais partout, parce qu'ils sont basés sur la raison même et sur les besoins généraux des sociétés. C'est l'ensemble de ces principes, que l'on appelle justice, equité, droit naturel, morale, et dont tous les hommes ont en eux-mêmes l'idée plus ou moins confuse.

Chacun sait ou croit savoir ce que c'est que le juste ou l'injuste. Cependant, si on lui demandait ce qui fait qu'un acte est conforme à la justice, à quel caractère on peut s'en assurer, il prouverait sans doute, par l'embarras de ses réponses, qu'il n'a, sur ce point, que des idées mal arrêtées.

Les livres qu'on étudie dans les écoles, ou ne contiennent rien à ce sujet, ou ne présentent que des données très-insuffisantes. Les *Institutes* de Justinien, où l'on trouve, à titre d'introduction, un ou deux chapitres sur la justice et sur le droit, commencent par définir le droit naturel celui qui est commun à tous les êtres doués de la vie. L'union des sexes, l'éducation des enfants, rentreraient, dit-on, dans ces lois naturelles [1]. Première et grave erreur qui trahit une

[1] *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia istius juris perita censeri* (INSTITUT., de Jure nat., *in princ.*). — Chez les modernes, Spinosa est allé plus loin, en enseignant non-seulement qu'il y a un droit naturel pour les bêtes, mais que tout ce qu'un être *peut* physiquement est permis par ce droit naturel. « *Pisces a natura determinati sunt ad natandum, magni ad minores comedendum; adeoque pisces* summo jure naturali *aqua potiuntur et magni minores comedunt*..... Nec hic ullam agnoscimus differentiam inter ho-

philosophie peu avancée ! Comme si ce n'était pas ravaler l'idée du droit, que de le faire descendre jusqu'aux animaux !

Toute loi présuppose l'idée de mérite dans celui qui l'accomplit, et celle de démérite dans celui qui la transgresse. Il n'y a donc de droit que pour des êtres raisonnables : les animaux n'obéissent qu'à leur instinct. Nous n'appelons pas les loups dépravés parce qu'ils mangent les brebis, ni l'abeille vertueuse parce qu'elle fait son miel. Lors même qu'ils paraissent agir avec quelque intelligence, ils ne font que suivre les lois de la matière, très-différentes des lois morales d'après lesquelles nous sommes seuls capables de nous diriger.

Les animaux n'ont ni la raison ni le libre arbitre, deux idées essentielles au concept du droit. Pour eux, il n'y a pas plus de droit naturel, qu'il n'y a de religion ou de morale.

Justinien n'a pas été plus heureux en faisant consister la justice dans la pratique de la maxime *Jus suum cuique tribuere* [1] : car pour rendre à chacun son

mines et reliqua naturæ animalia. .. *Quidquid itaque unusquisque, qui sub solo naturæ imperio consideratur, sibi utile judicat, id summo jure naturæ appetere, et quacunque ratione*, sive vi, sive dolo, sive precibus, *sive quocunque modo facilius poterit, ipsi capere licet, et consequenter pro hoste habere eum qui impedire vult quominus animum expleat suum.* » (SPINOSA, Tract. Theolog. Polit., c. 16.)

[1] Les *Institutes* (tit. I, § 3) proposent encore comme règles de la justice les deux autres maximes : *Honeste vivere*, et *Alterum non lædere;* mais on peut faire la même objection : Qu'est-ce que vivre honnêtement? Qu'est-ce que ne pas blesser les droits d'autrui?

droit, il faut d'abord déterminer en quoi ce droit consiste, ce que je puis me permettre à l'égard des autres, ce que je dois m'interdire. Est-ce dans la loi positive que je m'en éclaircirai? Beaucoup de jurisconsultes croient, en effet, qu'en dehors de la société et des règles qu'elle établit, il n'y a rien, ou du moins qu'il n'existe que des principes de morale trop incertains pour que l'étude en soit profitable: principes auxquels chacun est libre d'obéir dans sa conscience, mais qui n'ont rien à faire avec la science du droit. C'est ainsi qu'ils nient le droit naturel. Je crois au contraire que si la morale est distincte du droit, comme nous le verrons plus tard, le droit naturel n'en existe pas moins, en ce sens que la raison et la nature de l'homme exigent certaines institutions en dehors desquelles la justice n'est point satisfaite. Le droit positif précise ces institutions, il les consacre, mais il ne les fait pas.

On aurait tort de dédaigner cette étude comme inutile. Sans même vouloir s'élever au rôle de publiciste ou de législateur, il n'est indifférent à personne de savoir sur quelles bases repose le droit, ce qu'il lui appartient de régler, ce qu'il doit laisser à la morale ou à la religion. C'est par la connaissance du droit naturel, quoi qu'on en dise, que s'apprécie la valeur des lois; c'est par lui que, dans leurs nombreuses lacunes, le magistrat se guide lorsqu'il applique l'équité.

Il faut d'abord savoir ce que c'est que l'honnêteté, ce que c'est qu'un droit.

Bien des personnes jugent ces idées si simples qu'il n'est pas besoin de les définir; et en effet, à Dieu ne plaise qu'il faille avoir suivi un cours de droit naturel pour savoir que le vol et l'assassinat sont des crimes! Mais toutes les actions ne sont pas susceptibles d'un tel degré d'évidence. Dans combien de cas l'équité ne semble-t-elle pas militer avec une égale force des deux parts! Alors il n'est possible de s'arrêter à une décision raisonnée, qu'en analysant les principes du juste et de l'injuste dans ce qu'ils ont de plus intime et de plus philosophique.

Tous les hommes savent aussi que la ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre; mais on n'en conclut pas que l'étude de la géométrie ne puisse rien apprendre, quoiqu'elle soit tout entière dans les axiomes.

Ce serait d'ailleurs se tromper gravement que de croire à un accord universel sur le principe du bien et du mal. Il est peut être fâcheux, mais il est vrai d'avouer qu'il n'est pas de question plus obscurcie par les philosophes, que de savoir ce qui fait la différence du juste et de l'injuste, et à quel *criterium* l'esprit doit s'attacher pour connaître la légitimité des actions. Varron comptait de son temps 288 opinions sur la nature du bien moral [1] : je veux croire qu'il ne parlait pas sérieusement. Mais de nos jours, pour être moins éparpillés, les avis ne sont pas plus unanimes. N'a-t-on pas soutenu qu'il n'y avait pas

[1] C'est S. Augustin qui l'atteste, *de Civit. Dei*, XIX, 2.

d'autre justice que l'intérêt personnel? N'a-t-on pas enseigné que les idées de bien et de mal n'étaient que des préjugés, résultat de l'éducation? et cependant il vaudrait bien la peine d'éclaircir des vérités qui sont le point de départ, non-seulement de la science du droit, mais de notre conduite en toutes choses.

La morale et le droit, même le droit naturel, sont deux sciences distinctes, dont les règles sont souvent différentes, comme je le ferai voir plus tard. Néanmoins elles partent d'un principe commun, le principe du bien, dont elles développent les diverses applications. J'ai donc cru nécessaire de consacrer le premier livre de cet ouvrage à fonder ce qu'on peut appeler les bases mêmes de la science, c'est-à-dire la certitude morale qu'il y a du bien et du mal.

Le jurisconsulte, le législateur, qui se contenterait de formuler ses lois sans inculquer dans les esprits cette croyance salutaire, qu'il y a des principes d'honnêteté obligatoires pour la conscience, ressemblerait à cet oiseau stupide qui pond ses œufs sur le sable. Toute loi serait frappée d'impuissance, en dépit des peines sociales, si les hommes avaient cessé de croire à une justice antérieure à toutes les lois.

Dans le livre suivant, je tracerai les limites respectives de la morale et du droit. Dans celui-ci, où j'essaierai de jeter un coup d'œil rapide sur les divers systèmes proposés pour expliquer le principe de la conscience, je confondrai quelquefois sans inconvénient les mots de droit naturel et de morale, de

bien et de justice, me réservant plus tard de montrer en quoi ces idées diffèrent.

CHAPITRE II.

Systèmes de l'Antiquité.

Je dirai peu de chose des systèmes des anciens sur la morale. On retrouve chez eux toutes les idées de la philosophie moderne, mais plutôt comme des lueurs que comme des doctrines arrêtées. Leurs ouvrages nous sont parvenus, d'ailleurs, tellement mutilés, leurs pensées ont pu être tellement dénaturées par ceux qui nous les transmettaient de seconde main, que pour beaucoup d'entre eux on en est réduit à conjecturer plutôt qu'à savoir.

Platon fait consister la loi morale dans la conformité des actions à la raison de l'homme, pourvue de l'idée du bien[1]. Ce bien lui-même se résout dans le rapport de l'homme à Dieu : aussi appelle-t-il la vertu la ressemblance de l'homme à la divinité[2]. Mais qu'est-ce que l'idée de Dieu ? qui la définira ? Ce n'est pas tout que de se proposer un modèle sublime, il faut encore arriver à la connaissance de ce modèle : et la solution de Platon, tout élevée qu'elle fût, était

[1] Rep. IX.
[2] Ομοίωσις Θέῳ. V. le *Timée*.

moins une solution que le germe d'incertitudes infinies.

Aristote, dont l'influence a été si universelle et si profonde, prend l'homme tel qu'il est, avec ses passions, ses instincts contradictoires qui le poussent, qui l'emportent, qui le ramènent dans des sens différents. Suivant lui, le problème de la morale est dans le juste équilibre des passions[1]; son grand axiome est le *Ne quid nimis*. S'il veut dire par-là que tout extrême est mauvais, il peut avoir raison. Mais sa règle n'est point une règle; car s'il y a des passions condamnables, combien en faudra-t-il prendre pour produire le bien, en les mélangeant avec des passions opposées? Entre la vengeance et la clémence, entre la lâcheté et le courage, le point intermédiaire qui constitue la vertu serait singulièrement arbitraire.

Quant à la justice sociale ou à la politique, Aristote n'a d'autre principe que celui de l'utilité, développé depuis avec tant de retentissement chez les modernes, surtout par Bentham.

Pour Epicure, le but auquel tendent les actions de l'homme est le plaisir ou le bonheur (ἡδονή) : mais il distingue deux espèces de bonheur, l'un qui consiste dans les jouissances matérielles, actuelles, jouissances passagères, mêlées de trouble et suivies de regrets! Ce n'est point là le bien suprême du sage. Ce bien suprême, il faut le chercher dans la paix des

[1] *Mor. nic.*, II, 6.

sens, dans la modération et dans le calme de l'ame : c'est là toute la morale épicurienne, qu'on a faite plus mauvaise qu'elle n'était, mais qui reste sujette aux objections que nous adresserons ailleurs à la philosophie de l'égoïsme [1].

Celle des stoïciens part d'un principe directement opposé. Le bien est ce qui est conforme à la raison; le mal est ce qui lui est contraire. Or, comme la douleur n'est ni conforme ni contraire à la raison, elle n'est ni un bien ni un mal; même raisonnement pour le plaisir. L'homme ne doit donc point, en pratiquant la loi du devoir, se préoccuper de l'avantage qu'il en tirera. Il doit faire le bien pour lui-même : c'est le beau côté du stoïcisme. Mais en même temps cette philosophie prêchait à l'homme, comme règle de conduite, de réprimer ses passions, de se détacher de ses affections, de fuir l'agitation de la vie publique, de se tenir prêt à tout, de savoir tout supporter sans se plaindre; préceptes résumés dans sa fameuse devise : *Sustine et abstine* [2]. Comme dernier remède, le stoïcisme indiquait à l'homme le suicide. Morale incomplète, il faut le dire, plus faite pour une société asservie que pour un peuple libre : « Morale d'esclave, excellente dans Epictète, inutile au monde dans Marc-Aurèle [3] ! »

[1] V., sur la doctrine d'Epicure, Diog. Laer., lib. x, Seg. 139-154. On peut aussi consulter un petit volume de Lebatteux, intitulé : *Morale d'Epicure*, Paris 1758.

[2] Ἀνέχου καὶ ἀπέχου.

[3] Paroles de M. Cousin dans son *Histoire de la Philosophie*, tom. I, p. 306.

Tels furent les dogmes des principales écoles philosophiques chez les Grecs. Les Romains n'y ajoutèrent rien. Moins subtils, moins dogmatiseurs, ils raisonnaient moins, ils agissaient davantage.

Cicéron est, avec Sénèque, celui qui a le plus écrit sur la morale. Je ne dirai rien de Sénèque, dont toutes les idées sont stoïciennes, mais avec une ostentation de rigidité alliée à une certaine recherche de bel esprit qui inspire de la défiance. Cicéron nous a laissé, dans son traité des *Offices*, le plus beau livre pratique de morale que n'ait pas inspiré le christianisme. On ne peut qu'admirer la pureté de sa doctrine, la droiture de sa raison, si supérieure aux raffinements des Grecs. Mais quand on veut se demander à quel principe il obéit, on est embarrassé pour le dire. Il n'est ni tout-à-fait stoïcien, ni tout-à-fait platonicien; il emprunte quelque chose à toutes les écoles. La faculté qui le guide paraît être le sens commun, ce tact admirable qui éclaire souvent ceux-là mêmes qui n'ont jamais réfléchi. Mais le sens commun n'est lui-même que la raison; il procède par des principes confusément entrevus. Ce n'est que pour ne les avoir pas assez analysés, qu'il n'assied pas sa doctrine sur une base unique, et qu'en un mot, il n'édifie pas de système.

Sous ce rapport, les modernes l'emportent sur les anciens. Ils ont mis plus de rigueur scientifique dans leurs déductions; ils ont mieux étudié l'homme; ils ont été plus exigeants sur le choix des preuves. Ils ont dit tout ce qui pouvait se dire, en l'étayant de

tous les arguments qui pouvaient se faire. Nous allons jeter un coup d'œil sur les plus marquants d'entre leurs systèmes.

CHAPITRE III.

Y a-t-il une Loi morale? — Des divers Systèmes qui la nient : Panthéisme ; Scepticisme, etc.

Cette question est nécessairement préalable à toutes les autres, puisque si par hasard il n'existait point de loi morale, il serait illusoire d'en rechercher les caractères et les diverses applications.

Plusieurs opinions philosophiques ont été conduites à nier l'existence du droit naturel. Nous ne donnerons pas à la réfutation de ces systèmes une place aussi grande que celle qu'on lui accorde généralement dans les traités de philosophie. D'après la nature de ce livre, nous pourrons souvent, à l'aide du sens commun, voir une démonstration complète là où la philosophie, plus rigoureuse dans ses investigations, n'entrevoit que le point de départ de longues controverses.

Ainsi, nous regardons comme établi, par le seul fait du sentiment intime, le dogme de la liberté de l'homme. Nous sentons en nous-mêmes qu'il dépend de notre volonté d'agir ou de ne pas agir, d'opter pour

le bien ou pour le mal; et c'est précisément en vertu de cette liberté que, quand nous avons choisi le mal, nous en éprouvons du remords. Un être dont toutes les actions seraient nécessaires ou fatales, ne peut être susceptible de mérite ou de démérite. Aussi, quelque embarrassés qu'aient été les métaphysiciens pour concilier la liberté humaine avec la prescience de Dieu, pour expliquer comment la volonté, qui se détermine par des motifs, peut être libre, quoique ces motifs existent en dehors de l'homme : nous croyons inutile de les suivre dans ces discussions, qui seraient ici sans avantage. Le bon sens nous apprend que l'homme va où il veut, et qu'il n'est pas comme la bille qui roule sur un billard, ou comme le nuage que le vent emporte. Cette certitude sur laquelle repose toute idée de morale, si elle n'est pas évidente par elle-même aux yeux de la philosophie, le sera toujours suffisamment pour le jurisconsulte.

Nous ne nous arrêterons pas davantage à discuter le panthéisme, c'est-à-dire « l'opinion qu'il n'y a qu'un seul être, celui qui existe par lui-même, celui qui existe nécessairement, et que les panthéistes comme les déistes appellent Dieu. S'il n'y a qu'un être, il n'y a au monde que des modifications de cet être. Les hommes donc, et toutes les choses animées ou inanimées qui composent la création, ne sont que des modifications variées, des manifestations différentes de cet être unique; donc toute causalité est en lui, donc il n'en existe point dans les créatures; et là où

il n'y a point de causalité, il n'y a point de liberté[1]. » Que cette doctrine soit ou non incompatible avec l'existence d'une loi morale, c'est un point que nous nous abstiendrons de résoudre, comme tenant à des idées beaucoup trop transcendantes pour qu'elles soient à la portée des communes intelligences.

On peut également se dispenser de réfuter ceux qui sont arrivés à nier le principe du bien et du mal, soit en révoquant en doute l'existence même du monde extérieur, soit en alléguant « que les perceptions et les conceptions de notre intelligence résultent de l'organisation même de cette intelligence; et qu'ainsi, si notre intelligence avait été autrement organisée, rien au monde ne peut nous démontrer que nous n'eussions pas vu et conçu les choses autrement que nous ne les voyons et concevons, et qu'ainsi ce qui nous paraît vrai ne nous eût pas paru faux, et réciproquement[2]. » Le scepticisme, quand il est porté à ce point, n'est pas seulement la négation de la morale, c'est la négation de toutes choses. Il est clair qu'il n'y a aucun moyen de raisonner avec ceux qui n'admettent pas même les données sans lesquelles tout raisonnement est impossible. Comme ce n'est point pour les préadamites ou pour les habitants d'un autre système solaire que nous faisons de la philosophie, nous ne pouvons considérer les hommes

[1] Cette définition du panthéisme est de M. Jouffroy. Voy. son *Cours de Droit naturel*, IVe leçon.

[2] Jouffroy, *ibid.*

qu'avec l'organisation qu'ils ont, et non avec l'organisation qu'ils pourraient avoir.

Au surplus, ces doctrines sont peu dangereuses; elles sont trop subtiles et trop excentriques pour causer jamais du ravage dans les masses. Le plus grand nombre s'étonnera bien plutôt qu'elles aient pu être enseignées par quelqu'un de sensé.

Mais le scepticisme a revêtu quelquefois une forme plus dangereuse, en prenant sa base dans l'observation elle-même, et en partant des faits sensibles pour en conclure qu'il y a impossibilité d'établir aucune règle morale généralement obligatoire.

Quelques écrivains, frappés de la grande diversité de coutumes plus ou moins déraisonnables, plus ou moins barbares, qui règnent sur la surface du globe, ont paru en conclure qu'il n'y avait ni bien ni mal *a priori;* que ce que nous appelons de ce nom variait suivant la législation écrite de chaque peuple; et qu'en un mot, nos idées sur le juste et l'injuste étaient le résultat de l'éducation et des conventions sociales.

Voltaire a dit, avec son habituelle ironie :

« S'il n'y avait que deux hommes sur la terre, comment vivraient-ils ensemble? Ils s'aideraient, se nuiraient, se caresseraient, se diraient des injures, se battraient, se réconcilieraient, ne pourraient vivre l'un sans l'autre, ni l'un avec l'autre. Ils feraient comme tous les hommes font aujourd'hui. Ils ont le don du raisonnement, oui; mais ils ont aussi le don de l'instinct, et ils sentiront, et ils raisonneront, et

ils agiront toujours comme ils y sont destinés par la nature.

» Un Dieu n'est pas venu sur notre globe pour assembler le genre humain et pour lui dire : « J'or-
» donne aux Nègres et aux Cafres d'aller tout nus et
» de manger des insectes.

» J'ordonne aux Samoïèdes de se vêtir de peaux
» de raugifères, et d'en manger la chair, tout insi-
» pide qu'elle est, avec du poisson séché et puant, le
» tout sans sel. Les Tartares du Thibet croiront tout
» ce que leur dira le Dalaï-Lama; et les Japonais
» croiront tout ce que leur dira le Daïri.

» Les Arabes ne mangeront point de cochon, et
» les Westphaliens ne se nourriront que de cochon.

» Je vais tirer une ligne du mont Caucase à l'Egypte,
» et de l'Egypte au mont Atlas; tous ceux qui habi-
» teront à l'orient de cette ligne pourront épouser
» plusieurs femmes; ceux qui seront à l'occident n'en
» auront qu'une.

» Si vers le golfe adriatique, depuis Zara jusqu'à
» la Polésine, ou vers les marais du Rhin et de la
» Meuse, ou vers le mont Jura, ou même dans l'île
» d'Albion, ou chez les Sarmates, ou chez les Scan-
» dinaviens, quelqu'un s'avise de vouloir rendre un
» seul homme despotique, ou de prétendre lui-même
» à l'être, qu'on lui coupe le cou au plus vite, en
» attendant que la destinée et moi nous en ayons au-
» trement ordonné.

» Si quelqu'un a l'insolence et la démence de vou-
» loir établir ou rétablir une grande assemblée d'hom-

» mes libres sur le Mançanarès ou sur la Propontide, » qu'il soit empalé ou tiré à quatre chevaux.

» Ce qui sera juste tout le long de la Loire, sera » injuste sur les bords de la Tamise : car mes lois sont » universelles, etc. »

» Il faut avouer que nous n'avons pas de preuves bien claires, pas même dans le *Journal du Chrétien*, ni dans la *Clef du Cabinet des Princes*, qu'un Dieu soit venu sur la terre pour promulguer ce droit public. Il existe cependant; il est suivi à la lettre tel qu'on vient de l'énoncer. Et on a compilé, compilé, compilé, sur ce droit des nations de très-beaux commentaires qui n'ont jamais fait rendre un écu à ceux qui ont été ruinés par la guerre, ou par des édits, ou par les commis des fermes [1]. »

On connaît aussi la boutade de Pascal, qui a écrit dans un moment d'humeur :

« On ne voit presque rien de juste et d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité, ou peu d'années de possession. Les lois fondamentales changent; le droit a ses époques. Plaisante justice, qu'une rivière ou une montagne borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà [2]. »

[1] VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v° DROIT, sect. I.

[2] PASCAL, *Pensées*, 1re part., art. VI. — Il n'a guère fait que copier Montaigne : « Quelle bonté est-ce que je voyais hier en crédit et demain ne la sera plus, et que le traject d'une rivière faict crime? Quelle vérité est-ce que ces montagnes bornent, mensonge au monde qui se tient au-delà? » Et un peu plus bas : « Ils sont plai-

Est-ce à dire pourtant qu'il n'y ait rien d'absolument vrai, rien d'absolument juste? Est-ce à dire qu'on ne puisse trouver aucun point fixe pour y rattacher la science du droit? A Dieu ne plaise qu'il en fût ainsi! Pascal lui-même était bien loin de le penser.

Il y a une quantité d'actions, et c'est même l'immense majorité, qui sont indifférentes de leur nature. Que, d'après des motifs tirés de la politique et du climat, le législateur ou l'usage règle ces actions d'une manière très-diverse, c'est ce qui est inévitable. Il est tout simple que les Nègres aillent nus, parce qu'ils habitent un pays chaud, et que les Samoïèdes portent des fourrures, parce qu'ils vivent sous un climat froid. Par la même raison, l'un pourra se nourrir d'insectes, et l'autre de poisson séché. Le droit naturel n'a rien à faire dans ces questions-là!

Il y a plus : il est très-vrai que sur des questions qui touchent étroitement à la morale, on voit les différents peuples divisés d'opinion. Nous avons dit nous-même que plus l'homme est près de l'état de nature,

sants, quand, pour donner quelque certitude aux lois, ils disent qu'il y en a aulcunes fermes, perpétuelles et immuables, qu'ils nomment naturelles, qui sont empreintes en l'humain genre par la condition de leur propre essence. Et de celles-là, qui en fait le nombre de trois, qui de quatre, qui plus, qui moins... Ils sont, dis-je, si misérables, que de ces trois ou quatre lois choisies, il n'y en a pas une seule qui ne soit contredite et désavouée, non par une nation, mais par plusieurs. Or, c'est la seule enseigne vraisemblable par laquelle ils puissent argumenter aulcunes loix naturelles, que l'université de l'approbation... Qu'ils m'en montrent, pour voir, une de cette condition. » (ESSAIS, liv. II, ch. 12.)

plus sa raison paraît incertaine, et plus sa conscience est obscurcie par de barbares préjugés. Nous savons que les sauvages mettent à mort leurs pères infirmes, et que dans l'Inde on brûle les femmes sur la tombe de leurs maris ; mais nous n'en concluons pas pour cela qu'il n'y ait ni droit naturel, ni principe du bien et du mal.

Les sophistes ont pris beaucoup de peine pour réunir dans les historiens et dans les voyageurs des usages de ce genre. Ils auraient pu se l'épargner, car on n'en conteste pas l'existence. Mais que prétendent-ils prouver par-là ? Que ces usages sont aussi bons que d'autres ; que la société est aussi bien organisée, les hommes aussi paisibles et aussi heureux avec ces coutumes qu'avec des coutumes contraires? Alors, qu'ils fassent un livre pour le prouver. Si tel n'est pas leur but, ils ne réussissent qu'à démontrer une chose, c'est que l'humanité est sujette à bien des erreurs. On ne le sait malheureusement que trop; et la saine philosophie consiste bien plutôt à combattre ces erreurs, qu'à s'en prévaloir pour nier la lumière.

C'est le sort de l'humanité de tâtonner long-temps, de s'engager dans de fausses voies, de revenir sur ses pas, de trouver enfin la vérité. Quand elle est une fois trouvée, il ne faut pas la nier sous prétexte qu'elle a été autrefois méconnue, ou qu'elle n'est pas encore généralement admise.

Qu'on me permette une comparaison. Quand un homme est malade de la fièvre, ici on le plonge dans un bain d'eau froide, là on lui pend une amulette au

cou. Les uns croient la saignée salutaire; d'autres prescrivent des tisanes; ailleurs on administre le quinquina. La plupart de ces remèdes peuvent faire mourir le malade; mais il n'y a que les esprits superficiels qui concluent, de la diversité des traitements, que la science de la médecine n'existe pas.

L'esprit sage ne s'arrêtera pas aux traitements plus ou moins insensés que la superstition ou l'ignorance aura conseillés à des peuplades barbares; mais il aura confiance dans ceux qu'il verra pratiqués chez les nations éclairées. Il ne niera pas le bon effet des uns parce que les autres peuvent être inutiles ou dangereux.

Il en est de même de la morale : quand la diversité des coutumes serait cent fois plus grande qu'elle n'est, ce ne serait pas une raison pour la nier. Mais cette diversité est-elle en effet aussi grande qu'on veut bien le dire ? Quelqu'un a-t-il jamais osé proclamer qu'il n'y avait ni bien ni mal? N'y a-t-il pas des actions que tous les peuples s'accordent à détester ? Enseigne-t-on quelque part qu'il serait bien de manquer de respect à la vieillesse, d'assassiner l'hôte qu'on a reçu sous son toit? Ces actions-là sont flétries partout; et ceux-là mêmes que la passion pousse à les commettre, sont les premiers à en rougir.

Il est même à remarquer que tant de coutumes qui nous paraissent condamnables et qui le sont en effet, ne proviennent pas de l'absence du principe moral, mais bien plutôt de l'application erronée qui en est faite. Le Sauvage qui tue son vieux père est guidé

par la piété filiale, parce qu'on lui a enseigné à regarder la mort comme préférable aux souffrances de la vieillesse. Son action part d'une conscience abusée; mais il n'en rend pas moins hommage à la loi du devoir, qu'il pratique à sa manière.

Ce principe, cette croyance qu'il y a du bien et du mal, est donc une empreinte qu'on retrouve chez tous les humains; elle est la base du droit naturel.

Et qu'on ne dise pas que c'est une chose indifférente en soi, ou bien que ce principe n'existe pas, ou qu'il soit pratiqué de tant de manières différentes qu'il soit impossible de s'entendre sur son application. Car je répondrais toujours par l'exemple que j'ai déjà pris tout-à-l'heure : de ce que, dans la médecine, on voit l'ignorance, la superstition, les préjugés, introduire mille usages ridicules ou nuisibles, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'à l'aide de l'expérience et d'une théorie rationnelle il ne soit pas possible de traiter les malades efficacement.

L'homme ne doit donc pas désespérer d'arriver à la vérité en faisant usage de sa raison, et en interrogeant ce qui se passe en lui-même et au-dehors. Il est malheureux sans doute que l'on trouve tant de divergences d'opinion sur un point qui tient d'aussi près au bonheur, que la distinction du bien et du mal. Mais lorsqu'on voit les mathématiciens disputer sur leurs principes, tout certains qu'ils sont, il serait peut-être injuste d'espérer plus d'accord entre les philosophes.

D'où vient la différence du bien et du mal? Pour-

quoi tel acte est-il condamnable, tel autre légitime? A quelle autorité en appeler? Quel *criterium* établir entre le juste et l'injuste? Là est, on le sent, la clef de tout droit naturel. De la réponse qu'on a donnée à ces questions, découlent toutes les différences que l'on remarque dans l'appréciation pratique de telle ou telle action chez les divers peuples.

Nous devons donc commencer par exposer les principaux systèmes de morale, afin de reconnaître celui qui s'approche le plus de la vérité. Nous dirons seulement, afin qu'on ne cherche pas dans cette discussion ce que nous n'avons pas voulu y mettre, que nous ne prétendons pas apporter dans la reproduction de ces systèmes une précision mathématique; que nous ne chercherons pas à les exposer tous, ni à différencier scrupuleusement ceux qui ne se distinguent que par des nuances secondaires. Nous procéderons par grandes masses, en négligeant quelquefois des détails auxquels la philosophie peut attacher du prix, pour nous préoccuper principalement de l'influence pratique des diverses opinions que nous allons retracer.

CHAPITRE IV.

Systèmes religieux.

Protagoras d'Abdère avait commencé son livre par ces mots : Y a-t-il des dieux, ou n'y en a-t-il pas ? C'est ce que je n'ai point à examiner. — Il fut banni de l'Attique pour cette parole impie [1].

Le mot de Protagoras soulève pourtant une très-grave question philosophique, qui est de savoir si la croyance d'une loi morale obligatoire dépend de la croyance en Dieu, et si par conséquent il ne peut pas y avoir de droit naturel pour l'athée.

La philosophie qui partirait de l'athéisme doit sans doute inspirer de la pitié à toute ame qui sent, à tout esprit qui réfléchit. L'existence de Dieu n'est pas ici en question : disons cependant que cette pré voyance universelle qui éclate dans l'univers sensible, que cet enchaînement admirable de causes et d'effets, que cette vie qui circule sans cesse dans les êtres, proclament bien haut l'existence d'une suprême intelligence qui est Dieu; que la science, qui pousse chaque jour ses investigations vers les derniers atomes des êtres, ne trouve aux confins de la nature que la confirmation de cette éternelle bonté,

[1] Quintil., *Instit. orat.*, lib. III.

de cette éternelle prévoyance; que tous les faits nouveaux qu'elle découvre au fond des mers, au sein de la terre [1], sous le scalpel du médecin ou dans le creuset du chimiste, témoignent de cette sagesse infinie qui sait cacher dans le corps d'un ciron des mécanismes plus parfaits que nos plus ingénieuses machines; que l'homme, enfin, qui ne saurait pas produire une feuille morte, et qui croit que tant de merveilleux ouvrages se sont formés d'eux-mêmes, nous paraît dupe de la plus absurde et de la plus monstrueuse illusion.

Mais quelque déraisonnable que soit l'athéisme, il y a des athées. Il y a encore en plus grand nombre une autre classe de personnes qui, sans nier pré-

[1] Un fait bien frappant peut servir à confirmer cette remarque. On a découvert au Kentucky, en Amérique, une grotte qui pénètre jusqu'à seize milles dans la terre, sans qu'on ait pu encore en trouver le bout. Au fond de ce souterrain, un fleuve considérable coule sur une assez grande longueur. Des explorateurs hardis ont osé naviguer sur ces eaux qui poursuivent silencieusement leur cours vers une destination inconnue : ils les ont trouvées habitées par plusieurs espèces d'écrevisses et par des poissons du genre *cottus*. Ils ont aussi rencontré dans la grotte des arachnides phalangiennes et des grillons. Mais, destinés à vivre au milieu d'une obscurité perpétuelle, tous les habitants de ce souterrain, sans exception, étaient complétement dépourvus des organes de la vue. Cette coïncidence est-elle l'œuvre du hasard? Ou ne témoigne-t-elle pas plutôt d'une sagesse supérieure qui mesure ses moyens et ne produit rien en vain?

V. dans les *Annales de la Propagation de la Foi*, numéro de septembre 1842, une description de ce curieux souterrain par le R. P. Thébaud, professeur de géologie au collége de Sainte-Marie, Kentucky.

cisément l'existence de Dieu, croient qu'il ne s'occupe pas des choses de ce monde [1], ce qui revient au même pour le point en discussion. Or, pour celui qui a embrassé ce dogme, n'y a-t-il plus moyen d'être honnête que par préjugé ou par peur des peines sociales? Ne s'abstiendra-t-il de voler ou de prêter un faux serment que dans la crainte d'aller aux galères? Ne peut-il pas être bon père, bon époux? Les généreux dévouements ne seront-ils chez lui qu'une inconséquence? Nous croyons, à l'honneur de la nature humaine, qu'il n'en est pas ainsi [2].

De quelque manière que l'homme se trouve placé sur la terre, que ce soit par suite d'un hasard éternel ou par la volonté intelligente de Dieu, il a des instincts, des besoins, des passions, des sentiments qui sont une loi de sa nature; son cœur, quoi qu'on en dise, n'est pas uniquement dominé par l'égoïsme; sa raison ne lui représente pas ses semblables comme

[1] Voltaire a dit quelque part :

> L'univers m'embarrasse, et je ne puis songer
> Que cette horloge existe et n'ait point d'horloger.

Cela ne l'a pas empêché de faire dire à Candide : — « Mais, mon père, il y a horriblement de mal sur la terre. — A quoi le derviche répond : Qu'importe qu'il y ait du mal ou du bien? Quand Sa Hautesse envoie un vaisseau en Egypte, s'embarrasse-t-elle si les souris qui sont dans ce vaisseau sont à leur aise, ou non? » (*Candide*, ch. 30). — C'est transporter dans la théodicée la fiction constitutionnelle du roi qui règne et ne gouverne pas.

[2] Burlamaqui pense, comme nous, qu'il y a un droit naturel pour les athées; mais il est combattu par son annotateur de Félice. V. Burlamaqui, *Droit naturel*, tom. I, p. 358 et 370.

des ennemis. Nous espérons montrer plus tard que cette raison toujours amie du vrai, que ses instincts de sympathie, que ses besoins de sociabilité, suffisent pour guider l'homme dans la recherche de la loi morale.

En vain essaierait-on de contester ce fait, en prétendant que toute loi présuppose un supérieur qui la promulgue et veille à son observation. Je répondrai qu'en raisonnant ainsi, les philosophes s'embarrassent dans les définitions qu'ils ont faites eux-mêmes. Nos lois positives ne peuvent se concevoir, à la vérité, sans une autorité qui les promulgue; mais l'athée, au point de vue duquel il faut se placer, l'athée, qui admet une création sans créateur, peut bien aussi reconnaître une loi sans législateur.

Il y a là une contradiction, je le veux; mais elle n'est pas autre que la contradiction originelle qui préside à tout son système. Or, de même que l'athée croit qu'il existe de l'eau, des arbres, des corps graves, et que cette eau coule, que ces arbres verdissent, que ces corps gravitent vers le centre de la terre, par suite des lois de leur nature, sans que pourtant Dieu les ait créés; de même il peut se croire obligé à être vertueux, si ses penchants, si son organisation intellectuelle, si l'ordre de l'univers, exigent qu'il observe dans sa conduite ce qu'on appelle du nom de vertu.

L'athéisme n'empêche donc pas absolument, à ce qu'il nous semble, la croyance d'une loi morale obligatoire. Mais c'est là tout : car nous avouerons qu'il

détruit le plus puissant mobile qui pousse les hommes à l'observer. Celui qui croit à l'existence d'un Dieu rémunérateur, non-seulement distingue ce qui est bien de ce qui est mal, mais il est fermement retenu dans la ligne du bien par l'idée d'une autre vie où ceux qui auront pratiqué le mal seront punis. Celui, au contraire, qui regarde l'ame comme devant périr avec le corps, peut bien s'élever à la distinction du juste et de l'injuste; mais il déviera souvent de la voie du bien, entraîné par ses passions qui n'auront plus un contre-poids suffisant.

Pour lui, la seule sanction de la loi morale sera dans les remords de sa conscience.

Quoi qu'il en soit, loin de démériter de l'humanité, il me semble que c'est lui rendre service que de chercher à établir le droit naturel sur de telles bases qu'il puisse apparaître comme obligatoire pour tous les hommes, quelles que soient leurs opinions, qu'ils croient à l'existence d'un être suprême, ou qu'ils aient le malheur de professer l'athéisme [1]. La religion n'est point indifférente à la morale, elle en est la sanction puissante; mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'en admettant même le motif religieux dans toute sa force, et en partant de ce point, que l'homme

[1] Cela serait vrai surtout si l'on pouvait ajouter foi à la fameuse prédiction de Lichtenberg, « qu'un jour notre monde deviendra si beau, qu'il sera aussi ridicule de croire en Dieu qu'il l'est aujourd'hui de croire aux revenants. » V. MICHELET (de Berlin), *Geschichte der letzen Systeme der Philosophie in Deutschland,* tom. I, p. 357. Berlin, 1837. — Heureusement, nous n'en sommes pas encore là.

doit faire le bien pour obéir à la volonté de Dieu, on ne se rapproche pas de la solution du problème : car, dans un système comme dans un autre, c'est toujours par l'exercice de sa raison et par l'étude de sa propre nature que l'homme arrivera à la connaissance de ce qui est bien et de ce qui est mal.

Je n'insisterai pas non plus sur une question qui divisait Grotius et Pufendorff, à savoir si le bien et le mal diffèrent par des caractères nécessaires ou seulement par la volonté de Dieu. Grotius croyait que Dieu lui-même n'aurait pas pu faire que ce qui est bien fût mal, et réciproquement; Pufendorff soutenait au contraire que, si Dieu l'avait voulu, ce qui nous paraît criminel aurait pu être vertueux [1]. J'ai déjà dit qu'il y a de la présomption à vouloir disserter sur ce que Dieu aurait pu faire. La conscience de l'homme telle qu'elle est, présente déjà bien assez de mystères à éclaircir. Ce sont, d'ailleurs, des discussions dont l'utilité, fort contestable en tout état de cause, le serait surtout au point de vue de la législation [2].

[1] Pufendorff, liv. I, ch. 2, n° 6.

[2] C'était, chez ces auteurs, un reste de la scolastique des théologiens. On sait que de questions bizarres étaient traitées au moyen âge dans les écoles, témoin celles-ci résolues par S. Thomas : « *Utrum angelus bonus vel malus potuerit peccare venialiter? — Utrum unus angelus alii possit loqui ita quod alii locutionem ejus non percipiant?* » (D. Thomæ Quæstiones disputatæ, tom. XII, p. 289, 350 et 683.) — « *Utrum Christus in primo instanti suæ conceptionis habuerit usum liberi arbitrii? — Utrum ignis inferni sit ejusdem speciei cum igne nostro?* » (Ibid., Summ. Theol., tom. XXII, p. 80 et 186.) — Ces questions et beaucoup

Mais je dois dire un mot ici d'une autre forme sous laquelle s'est présentée l'opinion religieuse, en répudiant la raison de l'homme comme trop sujette à l'erreur pour avoir des principes sûrs en morale par elle-même. Ce système est celui de MM. de Maistre, de Bonald, Adam Muller, de Haller, qui tous tendent à nier le droit naturel ou peu s'en faut. Dans leur opinion, la raison est si incertaine, qu'il n'est presque pas de crimes qu'elle n'ait érigés en vertus; elle est incapable de tracer à l'homme la route qu'il doit tenir. Ces philosophes prétendent mettre à la place, d'abord la révélation, et ensuite, pour les choses qui y sont étrangères, la tradition et le culte des anciennes mœurs, auxquelles il faut porter atteinte le moins possible[1].

L'humiliation systématique de la raison humaine est au fond de cette doctrine, qui supposerait que Dieu a créé l'homme bien imparfait, puisqu'il lui aurait donné des sens pour distinguer les couleurs, pour comparer les quantités, pour évaluer les distances, et qu'il lui aurait refusé les facultés néces-

d'autres n'empêchent pas S. Thomas d'avoir été un grand homme, beaucoup en avant de son siècle.

[1] Le conseil de S. Paul : *Cavete ne quis vos decipiat per philosophiam et inanes seductiones, secundum elementa mundi* (ad Coloss., c. 2, v. 8), peut servir d'épigraphe à toutes ces doctrines ennemies de la discussion et du libre examen. Mais S. Paul n'entendait parler que des philosophes de son temps, qui n'étaient que des rhéteurs ou des sophistes. C'est aussi d'eux que Lactance disait : « *Cogitationes omnium philosophorum stultæ sunt.* » (INSTIT. DIV., lib. III, c. 1.)

saires pour diriger sa conduite conformément à la loi morale. En supposant deux enfants jetés dans un désert sans aucune communication possible avec les autres hommes, il faudrait donc croire qu'ils n'auront aucune idée du juste et de l'injuste, que leurs descendants et la société qui en naîtra seront dans la même ignorance à perpétuité, et qu'à moins d'une révélation toute spéciale de Dieu, l'idée du crime et de la vertu n'y pourra jamais naître. Je ne puis que repousser une théorie aussi injurieuse pour l'homme que pour son créateur.

CHAPITRE V.

Système de l'Egoisme. — Hobbes.

Parmi les systèmes de morale, l'un de ceux qui ont le plus de partisans, et celui de tous qui pourrait produire les conséquences les plus dangereuses, c'est sans contredit celui qui fait dériver de l'intérêt personnel les notions du juste et de l'injuste : doctrine déjà professée par plusieurs philosophes de l'antiquité [1], mais que les modernes ont reprise avec fer-

[1] Entre autres par Carneades, dont Lactance nous a conservé les raisonnements principaux dans ce passage : « *Ejus disputationis summa hæc fuit : Jura sibi homines pro utilitate sanxisse,*

veur, en essayant de l'établir d'une manière plus rigoureuse.

Trois hommes marquèrent à la tête de cette philosophie. Hobbes la démontra, Helvétius la popularisa, Bentham la réduisit en système et l'appliqua à la jurisprudence.

Hobbes, esprit net et précis, mathématicien distingué pour son temps (il naquit en 1588), rendit à la philosophie le service de lui faire parler un langage clair et concis; il en bannit le fatras nébuleux qui tenait lieu de raisonnement dans le moyen âge. Mais, sous tous les autres rapports, la direction qu'il lui imprima fut déplorable. Expatrié pendant la grande révolution de son pays, partisan des Stuarts et du despotisme, il employa tous ses efforts à démontrer, en politique, que la force était le seul principe respectable, la source du juste et de l'injuste; et, en morale, que l'homme ne pouvait connaître d'autre règle que son intérêt privé, comme il ne pouvait être dominé que par la crainte. Essayons d'esquisser les principaux traits de sa doctrine[1].

scilicet varia pro moribus et apud eosdem pro temporibus sæpe mutata; jus autem naturale nullum esse. *Omnes et homines et alios animantes ad utilitates suas natura ducente ferri : proinde, aut nullam esse justitiam, aut, si sit aliqua, summam esse stultitiam, quoniam sibi noceret alienis commodis consulens... Omnibus populis, qui florerent imperio, et Romanis quoque ipsis, qui totius orbis potirentur, si justi velint esse, hoc est, si aliena restituant, ad casas esse redeundum, et in egestate ac miseriis jacendum.* » (LACTANT., *Div. Instit.*, l. v, cap. 16.)

[1] Telle qu'elle est présentée dans ses deux livres : *Elementa*

Le point initial de la philosophie de Hobbes, c'est que *le bien-être est la fin de l'homme.* Nous ne pouvons, dit-il, concevoir d'autre motif à nos déterminations que de nous procurer un certain plaisir, de satisfaire un de nos besoins, d'augmenter, en un mot, la somme de notre bonheur.

Toutes nos passions, tous nos sentiments, quelque désintéressés qu'ils paraissent, peuvent se ramener à la contemplation du moi. Ainsi, aimer quelqu'un, d'après Hobbes, c'est concevoir que la personne aimée peut nous être utile ou nous procurer du plaisir. La pitié n'est que la vue du malheur d'autrui, en pensant que ce malheur peut nous arriver un jour. Qu'est-ce qu'honorer une personne? Uniquement avouer sa supériorité, et par conséquent sa puissance de nous nuire. La bienfaisance, enfin, part du sentiment que nous sommes assez forts pour faire non-seulement notre bonheur, mais encore celui des autres, ainsi que du désir d'obliger ceux-ci envers nous. C'est ainsi que toutes les passions, même les plus nobles et les plus généreuses, rayonneraient autour de l'égoïsme, leur unique foyer et leur unique aliment.

Cela étant, le premier but de l'homme est sa conservation; le second, de travailler à augmenter sans cesse la somme de bien-être dont il pourra jouir pendant sa vie.

Tout moyen par lequel il pourra se procurer une

Philosophica, seu Politia de Cive (Amsterdam, 1647); et *Leviathan,* sive de Republica (Amsterdam, 1668).

jouissance ou éloigner un mal est légitime. Il n'a pas à s'inquiéter des autres êtres : car ses sens, ses organes, ne lui ont pas été donnés pour l'utilité des autres, mais pour la sienne propre. Il peut donc tout faire pour augmenter son bien-être, même attenter à celui d'autrui. Tel est, d'après Hobbes, le principe fondamental du droit naturel.

Mais les autres, par suite du même principe, ont le droit de résister et de se défendre. De là l'axiome célèbre de sa philosophie : *L'état de nature est l'état de guerre* [1].

Et comme il n'y a rien de pire que l'état de guerre pour le bonheur des individus, la tendance immédiate de l'humanité fut de rétablir la paix, en créant l'état de société, c'est-à-dire en organisant au milieu des hommes une force capable de les réprimer, et de les empêcher de s'entre-nuire.

Telle est, d'après Hobbes, toute la théorie de la société. Son seul but est de prévenir l'état de guerre; pourvu qu'elle atteigne ce but, elle est légitime, quelle

[1] Pour le prouver, Hobbes allègue « que, même dans les villes où il y a des lois et des peines contre les malfaiteurs, les bourgeois ne se mettent point en chemin sans épée ou sans quelque arme pour se défendre; qu'ils ne vont point se coucher qu'ils n'aient soigneusement fermé, non-seulement les verroux de leurs portes, de peur de leurs concitoyens, mais leurs coffres et leurs cabinets, de peur de leurs domestiques. » Que serait-ce dans l'état de nature ! Il en conclut que tout homme est naturellement méchant, tant que l'éducation et la crainte ne l'ont pas réformé; et de là sa définition célèbre : « Le méchant est un enfant robuste, ou un homme qui a l'ame d'un enfant. »

que soit d'ailleurs sa forme, en quelques mains que soit remis le pouvoir social.

Cependant cela ne l'empêche pas de reconnaître qu'une forme de gouvernement peut être meilleure que l'autre; et cette forme, selon lui, c'est celle où le pouvoir social est le plus fort : conséquence naturelle de sa doctrine. Il se prononce pour la monarchie absolue.

Toute limite apportée à l'exercice du pouvoir, toute garantie accordée aux sujets, ne le serait qu'au profit des forces individuelles, qui tenteraient aussitôt de se rendre indépendantes, ce qui serait un retour à l'état de guerre. Le droit et le devoir de tout gouvernement est donc d'annuller autant que possible les forces individuelles. Pour y parvenir, il a le droit de tout faire. D'où viendraient, en effet, les scrupules qui pourraient l'arrêter? Ce n'est point des notions du droit ou de la justice, puisque toute règle morale consiste à suivre son intérêt. Les gouvernements n'ont donc à prendre conseil que de leur prudence; les sujets doivent toujours obéir.

De là cette autre maxime également célèbre de Hobbes : *Tout est juste quand la loi l'ordonne.*

Tels sont, dans leur simplicité, les points principaux de la philosophie de l'intérêt. Les exposer clairement, mettre ses conclusions dans tout leur jour, c'est commencer à l'ébranler. Sans vouloir encore en entreprendre la réfutation, on peut remarquer que cette philosophie dénature l'ame humaine, d'où elle retranche tous les penchants sympathiques, tous les

sentiments généreux, pour y installer l'idole de l'égoïsme, à laquelle elle donne des proportions colossales. Parce que l'amour de soi est en effet l'un des plus puissants mobiles qui dirigent la conduite des hommes, elle en a conclu que c'était le seul. A Dieu ne plaise qu'il en soit ainsi! Nous espérons montrer plus tard qu'il existe en nous d'autres principes modérateurs de nos actions.

Pour le moment, voyons ce que devint, après Hobbes, la doctrine à laquelle il a attaché son nom.

CHAPITRE VI.

Système de l'Egoïsme. — Helvétius.

Helvétius [1], dont le nom devint si célèbre, ne fit que dépouiller les idées de Hobbes de leur forme scientifique, pour leur donner une allure plus mondaine et plus populaire. Sans prétendre à aucune rigueur de déduction, il fit un livre qu'on rechercha

[1] Helvétius (né en 1715, mort en 1771) était fils d'un médecin célèbre. Il obtint, à l'âge de 24 ans, par la protection de la reine, une place dans les fermes, qui lui valait cent mille écus de rente. Il finit par s'en démettre pour aller vivre dans une de ses terres, où il composa son livre de l'*Esprit*. Buffon disait qu'il aurait dû faire un bail de plus et un livre de moins. — Un arrêt du parlement du 6 février 1759 fit brûler son ouvrage en place de Grève. Le pape le censura. Ces rigueurs n'eurent pour résultat que de le faire lire davantage.

pour son style facile, pour ses anecdotes, et pour son ironie de bon ton. Dans ce livre, il attaquait de la manière la plus naïve les bases éternelles de la morale et de la société. Homme du monde et excellent homme, maître d'une grande fortune, distingué par son esprit et par les manières les plus aristocratiques, il fut fort étonné quand on lui apprit qu'il poussait, par sa doctrine, au mépris de toutes les lois, à la destruction de la propriété, au déchaînement de toutes les passions subversives. Il désavoua son livre tant qu'on voulut; mais le mal était fait. Helvétius avait contribué plus que tout autre à populariser la morale de l'égoïsme.

Suivant lui, comme dans la doctrine de Hobbes, l'homme ne peut avoir d'autre mobile que son intérêt personnel; la seule fin qu'il puisse se proposer, c'est son propre bonheur.

Dans l'état de nature, n'étant associé aux autres hommes par aucun lien, il ne peut être retenu par aucune considération dans la satisfaction sauvage de ses appétits. Il a le droit de renverser le bonheur des autres pour augmenter le sien propre.

Mais quand les hommes, sentant l'inconvénient de leur isolement, commencèrent à se grouper en petites sociétés, un compromis s'établit entre tous ces égoïsmes luttant les uns contre les autres. Un chef fut établi pour apaiser les différends, pour veiller aux intérêts de tous. Ce fut la première autorité sociale; des lois furent bientôt promulguées.

De même que chaque individu ne doit se guider



que par la contemplation de son propre intérêt, de même les lois durent ordonner ce qui était conforme à l'intérêt du plus grand nombre. Cet intérêt fut ce qu'on appela le bien, la justice.

Il suit de là qu'il n'y a ni bien ni mal *a priori*, mais que toute coutume, si barbare qu'elle soit, peut être juste si les circonstances sont telles que l'intérêt de la majorité la réclame. Cette notion du droit, qui nous est représentée par la raison comme éternelle et nécessaire, variera ainsi au gré des circonstances. Helvétius n'hésite pas à tirer cette conclusion :

« Tous les faits que je viens de citer, dit-il après avoir rapporté une quantité d'usages plus absurdes ou plus abominables les uns que les autres, concourent à prouver que les coutumes, même les plus cruelles et les plus folles, ont toujours pris leur source dans l'utilité réelle, ou du moins apparente, du public.

» Mais, dira-t-on, ces coutumes n'en sont pas moins odieuses ou ridicules. Oui, parce que nous ignorons les motifs de leur établissement, et parce que ces coutumes, consacrées par leur antiquité ou par la superstition, ont, par la négligence ou la faiblesse des gouvernements, subsisté long-temps après que la cause de leur établissement avait disparu [1]. »

Dans la doctrine d'Helvétius, les lois pèsent sur chacun, elles lui enlèvent quelque chose de la somme de sa liberté ou de son bonheur, afin d'assurer la

[1] Helvétius, *de l'Esprit*, disc. II, ch. 13.

paix générale. Chaque individu est censé avoir consenti à ce qu'on lui ôtât quelque chose en retour de la protection qui lui est accordée. Mais cette considération éloignée est bien loin d'agir sur lui comme un contre-poids suffisant, toutes les fois que la loi s'interpose entre lui et la recherche de son bonheur immédiat :

« J'en conclus, dit Helvétius, que les lois, faites pour le bonheur de tous, ne seraient observées par aucun, si les magistrats n'étaient armés de la puissance nécessaire pour en assurer l'exécution. Sans cette puissance, les lois, violées par le plus grand nombre, seraient, avec justice, enfreintes par chaque particulier, parce que, sitôt que par une infraction générale ces lois deviennent inutiles, dès-lors elles sont nulles, et cessent d'être des lois. Chacun rentre dans ses premiers droits; chacun ne prend conseil que de son intérêt privé, qui lui défend avec raison d'observer des lois qui deviendraient préjudiciables à celui qui en serait l'observateur unique[1]. »

Helvétius est parfaitement conséquent avec lui-même. L'homme ne peut se déterminer que d'après son intérêt. Si l'état de société lui offre un avantage en retour d'un sacrifice, il doit tendre naturellement à garder l'avantage et à esquiver le sacrifice. C'est ce qu'il ferait inévitablement, et sans qu'on puisse l'en blâmer, si la loi n'établissait pas des peines contre ceux qui violent ses dispositions.

[1] Helvétius, *de l'Esprit*, disc. III, ch. 4.

Et en effet, qu'est-ce que la bonne foi, qu'est-ce que la morale dans une telle doctrine? Uniquement un calcul de prudence. Si je respecte le bien d'autrui, si je tiens fidèlement ma promesse, c'est pour que les autres fassent la même chose à mon égard : c'est aussi pour éviter les peines que la loi a prononcées. Mais supposez que je me croie assuré de n'être pas découvert, qui pourra m'empêcher de voler ou de manquer à ma parole? Et si je le fais, et que l'impunité me soit acquise, je devrai me croire plus moral qu'un autre : car la morale consiste dans la satisfaction de mon intérêt, et ici j'aurai obtenu cette satisfaction dans un cas où les autres ne l'obtiennent pas ordinairement.

Est-ce ainsi, je le demande, que les choses se passent dans le cœur de l'homme?

Supposez, au contraire, qu'ayant mal pris mes mesures, je vienne à être soupçonné et convaincu : il y aura mal-adresse de ma part. J'avais couru volontairement une chance en me mettant en opposition avec la loi; cette chance a tourné contre moi comme elle pouvait tourner en ma faveur. On pourra me plaindre, comme on plaint celui qui veut franchir un précipice, et qui se tue; mais je ne suis digne ni de haine ni de désapprobation.

Telles sont les conséquences que donne le système de l'égoïsme, quand on le presse. J'y vois place pour le calcul, pour la prudence; mais les mots d'honneur, de vertu, de devoir, doivent en être nécessairement bannis.

Je sais qu'Helvétius n'enseigne pas tout haut ces principes, qui auraient fait jeter son livre avec dégoût. Il appelle mal ce que les lois défendent comme contraire au bonheur du plus grand nombre, et il enseigne que chacun doit observer ces lois dans l'intérêt de l'ordre général comme dans celui de sa sûreté particulière. Mais il est clair que sa conclusion n'est pas en conformité parfaite avec son principe : car pour l'ordre général, c'est-à-dire pour le bonheur des autres, chaque individu n'a point à s'en occuper, puisque, de droit naturel, il peut sacrifier ce bonheur au sien propre. Et quant à sa sûreté particulière, il en est seul juge : libre à lui de se mettre en contradiction avec la loi à ses risques et périls, sauf à subir les peines sociales le cas échéant. Dans tout cela, on ne voit donc pas la moindre place pour les idées de conscience, de mérite et de démérite, ou de règle morale obligatoire. Les peines, la prison, l'échafaud, voilà le dernier mot de la philosophie d'Helvétius. Le bourreau tient dans sa main les seuls liens de cette société mal cimentée. Otez-le : tous les égoïsmes déchaînés vont se ruer les uns sur les autres : ce sera le règne de la force matérielle et du chaos.

Au surplus, quoique la doctrine de l'égoïsme ne reconnaisse pas tous ces principes, elle en avoue d'autres assez étranges pour qu'on puisse la juger sur ses propres paroles. Ainsi, Helvétius a écrit que le vol n'était un mal que parce que les hommes, en se réunissant en société, s'étaient mutuel-

lement garanti la jouissance de leurs biens : d'où il conclut que, comme il n'y a pas de pareille convention entre les peuples, la morale n'approuve ni ne blâme une conquête qui n'a de motif que dans le droit de la force [1].

Tout cela, en effet, est conséquent : car si ce que vous possédez me convient, et que je sois le plus fort, pourquoi hésiterai-je à me l'approprier? Il est clair que de nation à nation il n'y a ni code pénal ni galères : il ne peut donc y avoir ni juste ni injuste.

Et par une autre conséquence qu'Helvétius aurait pu tirer, quoiqu'il ne l'ait pas fait, il ne saurait y avoir rien à blâmer dans le fait d'un Allemand qui passerait la frontière pour voler un Français : car, bien que cette action puisse nous paraître mauvaise, à nous Français, elle n'est pas reprochable à l'étranger, qui ne nous a pas garanti la jouissance de ce qui nous appartient. Il peut donc s'applaudir hautement d'avoir suivi, dans ce cas, les inspirations de son intérêt personnel.

De pareilles propositions choquent trop l'esprit de l'homme, pour qu'elles ne soient pas la condamnation du système qui les produit.

[1] Disc. III, ch. 4.

CHAPITRE VII.

Système utilitaire. — Bentham.

Bentham [1] est le chef de la secte des utilitaires, qui, en général, ont plutôt dirigé leurs investigations du côté de la législation et de l'économie politique que du côté de la morale. A ce titre, ils nous appartiennent plus spécialement, et nous aurons plus souvent l'occasion de nous occuper de leurs doctrines.

Ce n'est pas que cette doctrine se distingue de celle de Hobbes ou d'Helvétius par le fonds des idées : leur point de départ à tous est dans le même principe, c'est-à-dire dans l'égoïsme. Mais Bentham a renouvelé la face de la philosophie intéressée, en poussant beaucoup plus loin la déduction de ses conséquences, en lui donnant une forme plus positive, et en en tirant souvent des vues pratiques dont on

[1] Bentham, l'un des plus éminents penseurs de ce siècle, naquit à Londres en 1748, et mourut en 1832. Eprouvant de la difficulté à écrire, il fit une association presque inouïe dans les annales littéraires avec M. Dumont, de Genève : Bentham pensait, son collaborateur écrivait. Ses ouvrages les plus populaires, et notamment son *Traité de Législation,* auquel je renverrai souvent, sortirent de cette association. Bentham fut utilitaire jusqu'au bout; il exigea, sur son lit de mort, que son cadavre fût porté dans un amphithéâtre de dissection.

doit reconnaître la sagesse, quelque éloigné que l'on soit d'ailleurs de partager ses opinions.

Si l'on en croit Bentham, l'homme ne peut être déterminé à un acte que par une approbation que lui donne son esprit, et cette approbation elle-même ne peut résulter que de la prévision d'un certain plaisir ou d'un certain bien-être dans le présent ou dans l'avenir. Cette vérité est à ses yeux une vérité d'intuition; elle se sent, et ne doit pas être démontrée.

De même que l'individu tend naturellement à son bien-être, de même le moraliste qui se place à un point de vue général doit tendre à combiner ses préceptes de manière à rendre les individus aussi heureux que le comporte la condition humaine. De là la définition que les utilitaires ont donnée de la morale, en transportant pour ainsi dire l'arithmétique dans les choses de sentiment :

« La morale est l'art de diriger les actions des hommes de manière à produire la plus grande somme possible de bonheur [1]. »

En partant de ce principe, rien n'est plus simple que de savoir si une action est légitime ou illégitime : il suffit d'examiner si elle doit produire plus d'avantages pour l'agent que de mal pour autrui [2]. Au premier cas, elle est permise; au second cas, elle est immorale.

Mais comme chaque individu sera porté à se pré-

[1] *Traité de Législation*, rédigé, d'après les manuscrits de Bentham, par M. Dumont, de Genève, tom. I, ch. 12.

[2] *Ibid.*, ch. 11.

occuper beaucoup plus de son plus petit avantage que du plus grand dommage des autres; comme l'intérêt personnel l'empêcherait d'établir la balance avec impartialité, c'est le devoir du législateur d'intervenir entre les divers intérêts qui se combattent. Aussi Bentham proclame-t-il cette maxime :

« Le grand office des lois, le seul qui soit évidemment et incontestablement nécessaire, est d'empêcher les individus, dans la recherche de leur propre bonheur, de détruire une quantité plus grande du bonheur d'autrui [1]. »

On peut dire que ce peu de mots renferme sa doctrine en morale et en législation.

Tout autre principe, toute autre philosophie, n'est pour Bentham qu'illusion et mensonge. Qu'on ne lui parle pas de conscience, de raison naturelle, de sentiment intime, ni de tous ces grands mots vagues qui caractérisent la morale pratique et sentimentale : il ne vous répondrait que par l'ironie ou par un superbe dédain; car Bentham a foi dans l'égoïsme, comme Mahomet avait foi dans sa religion [2]. Il ac-

[1] *Traité de Législation*, tom. III, p. 95.

[2] Bentham ne se distinguait pas moins par son originalité que par le tranchant de ses opinions. Lorsqu'il se promenait dans son petit jardin de Londres, appuyé sur *gris-gris* (*Dapple*, c'est ainsi qu'il avait surnommé sa canne), il n'aurait pas souffert que ses adeptes le contredissent en rien. Ses adversaires étaient presque ses ennemis. Madame de Staël, qui avait constamment combattu la morale de l'intérêt dans ses écrits, étant venue à Londres, manifesta l'intention de le voir : il refusa. Elle voulut aller chez lui, et lui fit dire qu'elle ne verrait personne à Londres avant de l'avoir vu. — Elle peut donc re-

cable de mépris tous ceux qui n'acceptent pas ses idées, imposteurs dangereux qui veulent bâtir la pyramide sociale sur le terrain mouvant des chimères. L'utilité, voilà la seule pierre de touche, la seule règle toujours saisissable : hors de là, il n'y a qu'incertitude, verbiage et déclamation.

Mais Bentham ne s'en est pas tenu à ces idées générales. Ayant posé en principe qu'une action ne peut être qualifiée bonne ou mauvaise que par les plaisirs ou les peines qu'elle produit, il a tenté de faire l'analyse exacte de ces plaisirs et de ces peines. C'est même cette évaluation presque mathématique des éléments du bonheur et du malheur qui forme le trait distinctif de l'école utilitaire. On a loué Bentham de l'exactitude et de la sagacité de ses investigations. Il y a mis au moins beaucoup de patience; chaque sensation agréable a reçu son étiquette; chaque douleur a été cotée et tarifée. Les maux, triés dans le plus grand ordre, les simples avec les simples, les composés avec les composés, sont tout prêts à entrer en compensation avec les biens, dont l'intensité est chiffrée. C'est ce que l'école utilitaire appelle les éléments du calcul moral : il n'y a plus qu'à faire l'addition et la soustraction. De là dépend

partir sans attendre davantage, répondit-il. — Il tournait en ridicule sa philosophie et celle de Benjamin Constant, qu'il appelait de l'ipsedixitisme. — Voir ses *Mémoires* rédigés par John Bowring, et joints à l'édition de ses œuvres publiée à Edimbourg en 1842.

de savoir si vous serez un fripon ou un honnête homme.

J'avouerai cependant que les classifications compliquées de Bentham ne me paraissent pas répondre par leur utilité au travail qu'elles ont dû lui coûter. Quand nous aurons distingué avec lui les peines que l'on peut éprouver de la part des hommes, de la part des magistrats, de la part de la nature agissant seule; quand nous aurons appris l'énumération des quinze plaisirs simples contrebalancés par onze espèces de douleurs; quand nous saurons la différence des maux de premier, de second et de troisième ordre, du mal primitif et dérivatif, du mal immédiat et conséquentiel, du mal extensif et répartible, du mal permanent et évanescent [1], croit-on qu'il sera plus facile de juger la moralité des actions? Peut-on espérer sérieusement du secours de ces divisions pédantesques? Combien peu de personnes, d'ailleurs, auraient une culture métaphysique assez avancée pour avoir une idée claire de la morale, si elle reposait véritablement sur de pareilles subtilités?

Que le législateur, avant d'ordonner ou de défendre une chose indifférente en soi, pèse les effets de la mesure qu'il médite, et considère si elle procurera à la société plus d'avantages que d'inconvénients : c'est ce qui est parfaitement sage, et c'est aussi pourquoi l'école utilitaire a eu souvent des vues pratiques d'une admirable sagacité. Mais dire

[1] V. le *Traité de Législation*, ch. 6 et 7.

que c'est en cela que consiste la seule règle des actions, que tout ce qui sera utile sera juste, soit dans la morale privée, soit dans la politique des gouvernants, c'est une doctrine aussi fausse qu'elle est dangereuse. Non, il y a une idée de bien et de mal antérieure à l'idée d'utilité; il y a quelque chose que le législateur ne peut pas violer, quand ce serait pour l'intérêt du plus grand nombre; et ce quelque chose, c'est la justice.

En traitant plus bas du droit naturel appliqué, je discuterai quelques-unes des idées de Bentham en matière de législation: ici je dois me borner à apprécier les fondements mêmes de sa doctrine morale.

CHAPITRE VIII.

Réfutation du Système utilitaire.

.........Sidera terra
Ut distant, ut flamma mari, sic utile recto.
(LUCAN. *Phars.*, lib. 8.)

La meilleure réfutation de la morale utilitaire est peut-être ce témoignage intime de la conscience de tous les hommes, qui fait que quelques philosophes exercés à la dialectique peuvent se plaire à coordonner cette doctrine dans leur cabinet, mais qui fait aussi qu'ils ne pourraient la professer en public

sans rencontrer l'incrédulité dans les masses. Il est certain que ceux-là mêmes qui sont les plus accoutumés à obéir à l'égoïsme dans leur conduite privée, se révolteraient s'ils entendaient ériger leurs maximes en règles générales. Les hommes, c'est un fait, ne croient pas à cette philosophie. Mais, sans trop appuyer sur ce sentiment universel, j'essaierai d'attaquer directement la doctrine de Bentham, en établissant les trois propositions suivantes, qui en seront la réfutation :

1° L'homme, en partant du principe de l'égoïsme, ne peut pas se croire moralement obligé à pratiquer la justice.

2° La justice ne consiste pas dans l'utilité du plus grand nombre.

3° Il existe dans l'homme d'autres penchants et d'autres motifs d'action que son intérêt personnel.

§ I.

L'Homme, en partant du Principe de l'Egoïsme, ne peut pas se croire moralement obligé à pratiquer la Justice.

Le système de Bentham repose sur ces deux idées conformes en apparence : que, d'une part, l'individu ne peut être mu que par la recherche de son bonheur ; et que, de l'autre, la société, être collectif, ne doit consulter, dans les lois qu'elle établit, que l'intérêt du plus grand nombre.

En y réfléchissant, on voit cependant qu'il y a une lacune entre ces deux idées, et l'on ne conçoit pas par quelle transition logique Bentham a pu s'élever de la première à la seconde.

Je ne crois pas qu'il soit vrai de dire que la morale consiste à pratiquer ce qui est utile au plus grand nombre. Mais enfin, s'il était possible d'inculquer cette maxime aux individus, ce serait peut-être un progrès pour bien des hommes. Malheureusement, en prenant avec Bentham l'égoïsme pour point de départ, je ne vois pas par quel moyen l'on pourrait y arriver.

Puisque je n'ai pour me conduire que l'instinct de satisfaire mes besoins et d'augmenter mon bien-être, je ne dois avoir aucun souci de celui des autres. Les droits, l'intérêt d'autrui, sont pour moi comme s'ils n'existaient pas.

Or, l'instinct de mon propre bonheur pourra me persuader d'entrer en société avec les autres hommes; de faire un pacte social avec eux, si l'on en est pour la théorie des pactes; de m'interdire même toute attaque apparente contre leur bien-être, afin qu'ils respectent le mien de leur côté : mais voilà évidemment tout ce qui sort du principe de l'égoïsme.

Peut-on me conduire, par ce principe, jusqu'au dogme de la morale utilitaire, c'est-à-dire jusqu'à me croire obligé en conscience de régler ma conduite sur ce qui est utile au plus grand nombre, puisque c'est là le seul juste, le seul honnête ? Nullement : c'est le soin du législateur de prêcher cette

morale; mais je ne serai pas assez dupe pour y croire. Je n'aurai que deux motifs possibles pour être honnête : le premier, d'éviter les peines établies par la loi contre ceux qui contreviendraient à ses dispositions; le second, de m'attirer l'estime ou la reconnaissance de mes semblables, qui pourra m'être bonne à quelque chose.

Mais si par hasard le législateur n'avait prononcé aucune peine contre l'action que je médite, si cette action devait rester ignorée, si elle ne devait par conséquent irriter personne contre moi, pas même porter atteinte à ma réputation qui est aussi l'un des éléments du bonheur, qui pourrait alors, je le demande, m'empêcher de suivre les conseils de mon intérêt ?

Un vieillard, au lit de mort, ayant confiance en ma délicatesse, me remet un billet de banque, en me priant de réparer secrètement une injustice que lui reproche à l'instant suprême cette conscience vainement niée par Bentham. Il n'a pas voulu que son nom fût connu; il expire un moment après, et le secret reste entre nous deux. Quel motif pourrai-je avoir, dans la philosophie utilitaire, pour ne pas m'approprier le dépôt que j'ai reçu ? Je n'ai point à m'occuper de l'intérêt des personnes à qui le billet de banque était destiné, puisque mon bonheur personnel est mon seul mobile. Je ne crains ni qu'on m'accuse, ni qu'on me blâme, puisque je suis assuré du secret. Me parlera-t-on de sanction reli-

gieuse [1]? Mais, d'abord, je puis ne pas y croire; et d'ailleurs, Dieu ne pourrait me punir que si j'avais mal fait; or, je soutiens au contraire que mon action est bonne, puisqu'elle est conforme à mon intérêt personnel. Il n'existe donc aucun motif qui puisse m'arrêter; et dans ce que les hommes appellent trahison, escroquerie, Bentham, s'il est conséquent, ne peut voir qu'une action morale, ou tout au moins indifférente.

Je sais bien que ces conséquences ne sont pas de celles que l'on accepte. On cherche par mille subterfuges à les éluder, et à établir que l'intérêt personnel bien entendu conseillerait encore dans ce cas d'agir conformément à ce que le vulgaire appelle la bonne foi. Il peut se faire que ce vieillard ait parlé à quelque autre de son projet, qu'il en ait laissé quelque trace écrite, que sais-je enfin? la vérité peut se découvrir. Oui; mais qui ne voit que si l'on fait de ceci une affaire d'intérêt, il est juste aussi de la soumettre au calcul des probabilités, dont je serai le seul juge. S'il y a cent mille chances de s'enrichir contre une d'être soupçonné, la raison me dit que c'est le premier parti qu'il faut prendre, comme le plus conforme à la prudence. D'ailleurs, dans com-

[1] Les utilitaires ne bannissent pas entièrement de leur système les idées religieuses : au contraire, le législateur, suivant eux, doit tirer parti de ces idées pour détourner les hommes du mal. Mais le rôle qu'ils assignent à la religion est assez peu honorable : c'est quelque chose qui se place entre les peines criminelles et le bout de sucre qu'on offre aux enfants pour les engager à bien faire.

bien de cas la certitude du secret n'est-elle pas absolue !

Et puis, en admettant que je me sois trompé et que je vienne à être découvert, qu'en résulterait-il ? Que dans mon calcul d'intérêt, j'ai mal pesé les chances favorables et défavorables ; mais puisqu'il n'y a ni bien ni mal en soi, je mériterais seulement d'être plaint, et non pas d'être méprisé.

Et cependant, j'en atteste la conscience des hommes, à l'esprit de qui viendra-t-il de comparer le voleur ou l'assassin convaincu par la justice au négociant qui s'est trompé dans une spéculation ? Ne sentons-nous pas que les sentiments qui naissent en nous dans ces deux cas si différents, ne s'agitent pas dans la même région de l'ame ?

L'école utilitaire a prévu le parti qu'on pouvait tirer contre elle de cette vive aversion que nous ressentons pour le vice ou pour le crime, et qui prouve si bien à elle seule que celui qui fait le mal est coupable d'autre chose que d'avoir méconnu son intérêt personnel. Voici comment elle explique ce phénomène : Quand nous voyons commettre un crime de propos prémédité, nous pouvons craindre que l'auteur de ce crime ne le renouvelle contre nous, ou que du moins son exemple ne soit suivi par quelque autre. C'est ce retour sur nous même qui produit ce sentiment d'horreur pour le mal : sentiment que nous n'éprouvons pas pour celui qui s'expose à un malheur, parce que l'action de ce dernier n'implique rien d'agressif contre nous.

Mais cette explication n'est pas exacte : car il y a des crimes tellement rares par leur énormité même, qu'ils ne peuvent causer d'inquiétude à personne; il y en a qui, par leur nature, ne peuvent menacer que certaines classes de la société. Celui qui n'a pas d'enfants verra-t-il d'un œil froid l'enfant manquer au respect qu'il doit à son père ? Pourtant il n'a pas à craindre que l'exemple soit contagieux à son égard. Il y a plus : des actions qui n'ont rien de criminel sont quelquefois plus menaçantes pour nous que d'autres qui ont ce caractère. L'imprudence du banquier qui fait faillite est plus inquiétante pour mes intérêts que ne le serait un parricide : car il est infiniment plus probable que j'aurai à souffrir du premier de ces faits que du second. Et pourtant, quelle différence dans le sentiment qu'ils me feront éprouver! Je plaindrai le négociant malheureux, je blâmerai peut-être son imprudence; mais contre le parricide tout mon cœur se soulèvera de dégoût et d'horreur!

Concluons de là qu'il doit y avoir dans l'ame de l'homme quelque élément que la philosophie utilitaire s'efforce de nier, mais qui existe cependant, et qui n'est pas l'égoïsme.

§ II.

La Justice ne consiste pas dans l'Intérêt du plus grand nombre.

« Si le partisan du principe de l'utilité, a dit Bentham, trouvait dans le catalogue banal des vertus une action dont il résultât plus de peines que de plaisirs, il ne balancerait pas à regarder cette prétendue vertu comme un vice [1]. » Ainsi, l'injuste, le mal, est ce qui produit un excédant de peine; la justice, la vertu, c'est ce qui produit un excédant de bien-être : tel doit être le seul guide du législateur.

J'applaudirais à cette définition, si l'on appelait juste une maxime dont la pratique entraînerait en général du bien pour l'humanité : car il ne peut pas se faire qu'une maxime morale soit de nature à préjudicier au genre humain pris collectivement. Mais il n'en faut pas moins combattre la doctrine utilitaire, soit parce que, d'après son point de départ, elle ne peut pas amener les hommes à croire à cette morale, et je l'ai déjà prouvé; soit parce que logiquement elle ne peut pas considérer l'intérêt des hommes en général, mais seulement l'intérêt de la majorité d'un peuple. Or, à ce point de vue, je ne crains pas d'affirmer que l'intérêt du plus grand nombre n'est pas toujours la justice.

[1] *Traité de Législation*, t. I, p. 5.

Je dis d'abord que la morale utilitaire ne peut pas spéculer sur l'utilité du plus grand nombre des humains : car on ne peut se placer, pour envisager la moralité d'une action, qu'à deux points de vue, ou bien à celui de l'individu, ou bien à celui du législateur.

L'individu n'est conduit que par son intérêt personnel. Il s'inquiètera fort peu par conséquent du bonheur des autres; et j'ai même fait voir tout-à-l'heure qu'il ne pouvait jamais s'élever par l'égoïsme jusqu'à l'idée de la morale fondée sur l'intérêt du plus grand nombre. S'il y conforme ses actions, ce ne peut être que par la crainte des châtiments.

Si l'on se place au point de vue du législateur, il n'est pas moins clair qu'il n'a pas à songer au bonheur de l'humanité en général : car il n'est pas chargé de la félicité des Tartares ou des Hottentots. Il ne peut consulter que le bien-être de la société à laquelle il donne des lois. Le juste, c'est donc, pour un grand peuple, l'avantage de quelques millions d'hommes. Pour la république de St-Marin, ce sera celui de deux mille individus contre dix-neuf cents qui pourront avoir un intérêt contraire [1]; et même, comme la majorité d'hier peut devenir la minorité d'aujourd'hui,

[1] La république de Saint-Marin, enclavée dans les états du pape, compte 4,000 habitants. Elle a une armée de 40 hommes, 30000 livres de revenus, deux chefs éligibles tous les six mois, des nobles et des plébéiens, et quatorze cents ans d'existence. Elle a eu aussi ses historiens. (V. *Memorie storiche della repubblica di San-Marino*, racc. dal cav. Melchiorre Delfico. Milano, 1804.)

la justice variera apparemment suivant les circonstances.

Oserait-on dire que l'intérêt du plus grand nombre, entendu de la sorte, est synonyme de bien moral? Et se fait-on l'idée d'un juste et d'un injuste sujet à de semblables fluctuations ?

Quand Edouard III vint mettre le siége devant Calais, et notifia aux habitants qu'ils périraient tous s'ils ne lui livraient pas les notables de la ville, dont il voulait faire tomber la tête, Eustache et ses compagnons se dévouèrent pour leurs concitoyens. Honneur à leur magnanime courage! Mais, s'ils ne l'avaient pas voulu, la ville aurait donc eu le droit de les livrer! Oui, diront les utilitaires [1]: c'était un douloureux sacrifice, mais un sacrifice commandé par le salut de l'état. Et moi je dirais au contraire aux citoyens assemblés : Ne délibérez pas sur la proposition qui vous est faite: car vous n'avez pas le droit, même pour le salut de tous, de faire tomber un cheveu de la tête d'un innocent.

Un magistrat, dans l'antiquité, proféra un jour la maxime : « Il est bon qu'un homme meure pour tout le peuple. » Depuis dix-huit cents ans son nom est voué à l'opprobre. Il s'appelait Caïphe.

[1] Helvétius n'hésite point à le reconnaître: « Lorsqu'un vaisseau est surpris par de longs calmes, et que la famine a d'une voix impérieuse commandé de tirer au sort la victime infortunée qui doit servir de pâture à ses compagnons, on l'égorge sans remords. Ce vaisseau est l'emblème de chaque nation. *Tout devient légitime et même vertueux pour le salut public.* » (*De l'Esprit*, discours II, ch. 6.)

Dira-t-on que j'ai choisi une de ces circonstances exceptionnelles qui échappent à toutes les règles, et que les systèmes sont faits pour l'usage de la vie ordinaire, et non pour les catastrophes sociales? Mais par cela seul que dans cette circonstance la solution de la philosophie égoïste ne peut pas être adoptée, par cela seul que l'intérêt du plus grand nombre se trouve en contradiction avec la justice, il est prouvé que cette philosophie part d'un faux principe, et que cet intérêt n'est pas la seule règle des actions.

S'en tirera-t-on par l'intérêt bien entendu, dont on fait, pour ainsi dire, la soupape de sûreté du système? Dira-t-on qu'il y a des cas où il est utile de montrer du courage, même aux dépens de sa vie? Mais quelle considération peut balancer aux yeux de l'homme le soin de sa propre conservation? Et le bel avantage pour moi, de faire dire à la postérité que je suis un magistrat inébranlable, s'il faut périr tout-à-l'heure, avec tous mes concitoyens, sous les coups des ennemis!

Il n'est pas besoin, d'ailleurs, de tant de discussion pour prouver que l'intérêt du plus grand nombre n'est pas la justice. Que l'on songe seulement à tout ce qui a été commis de forfaits sous le prétexte du bien public? Y a-t-il des trahisons, y a-t-il des assassinats que la raison d'état n'ait point excusés? Un principe qui se plie si facilement aux combinaisons les plus odieuses n'est pas le vrai principe de la morale.

On objecte qu'il n'est pas de principe dont on n'ab-

use, et que si l'on a justifié par l'intérêt général des actions criminelles, c'est qu'on entendait mal cet intérêt. Admettons-le pour un moment. Mais alors je demande où est cette prétendue netteté de la doctrine utilitaire, qu'on présente comme pouvant seule conduire à des résultats clairs et saisissables. Loin de là, je vois que de tous les principes de morale, c'est celui dont on a le plus abusé. Les autres peuvent quelquefois laisser des doutes; mais il serait singulier que le seul vrai parmi eux fût précisément celui dont on se serait toujours emparé pour colorer toutes les injustices.

Cependant la doctrine de l'utilité n'en a pas moins ses disciples convaincus. « On ne peut attaquer ce principe, a dit M. Comte, à moins de tomber sur-le-champ en contradiction avec soi-même, ou à moins d'être atteint de folie[1]. » Et ils demandent s'il y a des cas où le législateur devra décréter des lois qui seraient plus nuisibles qu'utiles. Mais ceux qui font cette question ne la posent que parce qu'ils ont commencé par ériger en principe que l'utilité à considérer en législation n'était pas celle de la majorité d'un peuple, ni même celle d'un peuple tout entier, mais celle de l'humanité en général. Alors, en effet, leur règle approche de la vérité, car on ne conçoit pas que la pratique de la justice puisse jamais être préjudiciable au genre humain. Mais ce dogme, pour les utilitaires, n'est qu'une généreuse inconséquence.

[1] *Traité de Législation*, tom. I, p. 272.

S'ils concluent bien, c'est par la force de l'évidence, ce n'est point par la force de leurs principes; et leur philosophie présente ce grand danger, qu'en prenant l'égoïsme pour point de départ, elle conduit l'homme à la vérité morale par une série de raisonnements qui doivent l'empêcher d'y croire.

Dans la politique comme dans la conduite privée des hommes, l'utilité et la loi du devoir tiennent très-souvent le même langage. Ce serait, en effet, la plus grave des erreurs que de croire ces deux principes toujours en contradiction; mais alors même qu'ils tiennent le même langage, ils restent distincts; et si nous sommes obligés à faire une action, c'est parce que cette action est bonne, ce n'est point parce qu'elle est utile : « J'observe, a très-bien dit Reid, que la notion du devoir ne peut se résoudre dans la notion d'utile. C'est ce que chacun peut reconnaître en réfléchissant sur ses propres conceptions, et ce que témoigne le langage du genre humain. Quand je dis, Tel est mon intérêt, je n'énonce pas la même idée que quand je dis, Tel est mon devoir. Si mon devoir et mon intérêt bien compris me prescrivent la même conduite, les deux notions n'en restent pas moins distinctes; l'intérêt et le devoir sont tous les deux des motifs rationnels d'action, mais d'une nature tout-à-fait différente [1]. »

[1] REID, IIIe *Essai*, part. III, ch. 5.

§ III.

Il existe dans l'Homme d'autres Penchants et d'autres Motifs d'Action que son Intérêt personnel.

Lorsqu'on ouvre pour la première fois les écrits de l'école utilitaire, l'on est singulièrement étonné et irrité de la sècheresse de langage qu'on y remarque. A lire la définition qu'ils donnent de la morale, ne semble-t-il pas qu'ils en font un moyen quasi-économique de manufacturer le bonheur au plus bas prix? Bentham, parlant sans cesse de la quantité de bien-être réalisé, de son excédant sur la somme des peines, nous apparaît involontairement comme une sorte de commis chiffrant sa marchandise, et sa morale, comme une banque où la vertu consisterait à savoir dresser exactement le bilan des actions. Ce système devait naître sur la terre commerciale de l'Angleterre; il sent les comptoirs de la cité.

A quoi tiennent ces proportions mesquines et affligeantes? Au parti pris de ne voir dans la morale qu'un moyen d'arriver au bien-être, de nier dans l'homme tout ce qui n'est pas l'égoïsme, et de le déclarer incapable de tous les penchants désintéressés.

Tous les mots qui correspondent à ces penchants, Bentham les a retranchés de son vocabulaire. Ainsi, non-seulement il ne veut pas qu'on dise: l'instinct, le sentiment du bien, le sens moral, expressions

antiphilosophiques, s'il faut l'en croire; mais la conscience même n'est à ses yeux qu'une rêverie dont il ne faut pas parler. C'est ainsi qu'en énumérant les peines qui peuvent agir comme mobiles pour nous détourner du mal, il n'oublie que les peines de la conscience ! et pour justifier cette omission volontaire qu'on aurait pu lui reprocher, il avertit dans une note que la conscience est un mot vague qui n'est bon que *dans la morale pratique et sentimentale* [1].

Il est difficile, on doit l'avouer, de raisonner avec les utilitaires. Il leur faut un certain genre de preuves et un certain genre d'expressions qu'ils déclarent de mise; hors de là tout est pour eux de la rêverie. Parlez-leur de bien-être, de plaisir, de douleur, d'argent, de subsistances : ils vous entendront. Mais si vous prononcez le mot de sympathie, ils commenceront à sourire. La pitié pour eux, ce sera déjà de la spéculation; mais au mot de remords, ils vous classeront parmi les romantiques. Ils diraient volontiers de la conscience, comme un médecin célèbre, qu'ils ne lui ont jamais vu le bout de l'oreille. Cette manière de raisonner est-elle de bonne guerre? Peut-on, dans des questions de métaphysique, exiger loyalement les mêmes preuves que dans des problèmes de géométrie? Certes, à celui qui nie la conscience, on sent qu'il est impossible de la montrer.

Et cependant cette chose vague et confuse, qui a son nom dans toutes les langues, à laquelle tous les

[1] *Traité de Législation*, ch. 7.

hommes ont eu la simplicité de croire jusqu'ici, pense-t-on quelle disparaîtra du cœur humain parce que l'école utilitaire a cru devoir en contester l'existence ? Ce flambeau qui m'éclaire sur le chemin du bien, cette voix qui me gourmande quand je m'en écarte, cet instinct, ce sentiment, de quelque nom qu'on veuille l'appeler, que ce soit un produit de la raison ou un organe particulier de l'ame (je ne m'en inquiète pas encore), cet entraînement enfin que nous sentons vers le beau, vers le bien, vers ce qui est juste, indépendamment de toute idée d'utilité et dans une région bien supérieure à cette idée; est-ce que je ne le ressens pas en moi tout aussi réellement que les sollicitations de l'intérêt personnel ?

Vous prétendez qu'il ne peut y avoir dans l'homme d'autres mouvements que ceux qu'y excite l'amour de soi. Mais à qui persuaderez-vous que le spectateur d'un naufrage, qui sent son cœur se serrer à chaque flot qui déferle; à qui persuaderez-vous que la mère qui verse des larmes de joie sur le berceau de son enfant, ne doivent qu'à un calcul d'égoïsme l'émotion qui traverse leur ame[1]?

Il y a en nous des instincts de sympathie qui, loin d'émaner de l'égoïsme, sont au contraire essentielle-

[1] Lucrèce a dit en beaux vers :

Suave mari magno, turbantibus æquora ventis,
E terra magnum alterius spectare laborem.
(De Rerum Nat., lib. II.)

Mais j'avoue que je n'ai jamais compris le sentiment de volupté chanté par le poète du matérialisme.

ment désintéressés. Il y a aussi en nous une conviction irrésistible du devoir, qui nous fait sentir que ce qui est bien doit être fait, au prix de tous les sacrifices. Que chacun s'interroge dans le silence, et il sentira en lui-même quelque chose qui dément l'axiome fondamental des utilitaires.

Il est évident que le principe de l'intérêt n'explique pas tous les mouvements, tous les instincts de l'humanité. Disons mieux: beaucoup de ces instincts, et ce sont les plus honorables, sont directement en opposition avec lui.

Un père de famille a un ennemi qui le menace des plus grands dangers; cet ennemi tombe dans la misère, et va mourir de faim et de maladie. Tant mieux! dit la philosophie égoïste : c'est un gage de sécurité. Toutefois ce père de famille, qui ne partage pas ces maximes, retranche sur le pain de ses enfants pour venir au secours de celui dont il n'a jamais reçu que des outrages. Il peut y avoir là, diront les utilitaires, un calcul pour désarmer sa haine ou pour acquérir l'estime publique. — Mais voilà que, par une honorable délicatesse, la main qui fait le bien veut rester inconnue, pour ne pas humilier celui qu'elle oblige. C'est le comble de la duperie, dit la morale intéressée. — C'est le comble de l'héroïsme, lui répond la conscience de tous les hommes [1].

[1] Dans les mauvais jours de notre révolution, M. Aved de Loiserolles, avocat et bailli de l'arsenal de Paris, fut jeté avec son fils dans les prisons de la Conciergerie, où ils occupaient la même chambre. Le fils fut traduit le premier au tribunal révo-

Il est clair que cet amour désintéressé du bien, principe des beaux dévouements, est un non-sens dans la philosophie que je combats; et cependant, faut-il le nier? faut-il s'efforcer d'en tarir la source, parce que nous le trouvons rebelle à l'analyse, et qu'il ne s'asservit pas à nos étroites théories?

L'enthousiasme du bien ressemble à ces agents mystérieux de la nature que la science ne peut ni compter, ni peser, ni mesurer. D'où viennent-ils? Personne ne le sait. Mais ces puissances invisibles et impalpables font éclater leurs effets aux yeux des hommes par des phénomènes qui sont, eux aussi, des lois bienfaisantes de l'univers. C'est la foudre qui ébranle la terre en répandant des pluies fécondes. C'est cet autre élément, cause inconnue de la chaleur qui pénètre partout, et qui porte partout la vie. L'enthousiasme joue le même rôle dans le monde de la pensée.

Nous sommes entraînés vers ce qui est bon, vers ce qui est beau, par un mouvement intérieur dont la violence nous dit assez qu'il n'est le résultat d'aucun calcul. Quand un de nos semblables risque

lutionnaire, et condamné à mort. Le lendemain matin il dormait encore lorsque le geolier fait l'appel des condamnés que l'on va mener à l'échafaud. Aved de Loiserolles père monte dans la fatale charrette, et sauve par cette supercherie sublime la vie de son fils, à qui le 9 thermidor rendit bientôt la liberté (v. les *Souvenirs de Berryer*, tom. I, p. 217). On demande si ce magnifique dévouement, qui mérite de vivre à jamais dans la mémoire des hommes, doit être réputé un acte de niaiserie, ou s'il peut s'expliquer par la théorie de l'utilité.

sa vie au milieu des flots pour sauver un malheureux naufragé ; quand il le rapporte triomphant au rivage; quand tous les cœurs se dilatent; quand toutes les mains battent d'admiration: quel froid glacial se répandrait dans les veines si un élève de Bentham venait dire que l'auteur d'une action si belle a bien entendu son intérêt! Qui ne sent, au contraire, que ce qui nous transporte dans un acte d'héroïsme, c'est la spontanéité du dévouement? Et comment expliquer dans la doctrine de l'intérêt, que plus il y eut d'abnégation dans le sacrifice, plus il fit couler nos larmes ; et que moins il fut probable que les conséquences aient pu en être calculées, plus il provoquât l'explosion de notre admiration!

Il faut donc faire descendre l'intérêt personnel du rang beaucoup trop élevé que lui assigne une certaine philosophie : c'est un mobile, et un très-puissant mobile de nos actions; mais voilà tout. Soutenir que tout ce qu'il nous conseille est légitime, ce serait, comme on l'a dit éloquemment, conclure de la force de la poudre à la justice du coup de canon[1].

Mais enfin, dira-t-on, il y a donc des actes auxquels je pourrai me déterminer sans la contemplation d'aucun plaisir, d'aucun bien-être pour moi-même! Oui, répondrai-je sans hésiter; à moins qu'on ne veuille parler du noble plaisir d'avoir fait son devoir. Mais celui-là n'est pas dangereux, il ne nous égarera jamais.

[1] Rossi, *Traité de Droit pénal*, tom. I, p. 151.

En résumant cette discussion, je crois qu'on est en droit de faire les reproches suivants aux personnes très-honnêtes qui soutiennent les dogmes de la philosophie de l'utilité :

Cette philosophie a un faux point de départ : car il y a dans le cœur de l'homme des mouvements et des instincts qui ne dérivent pas de l'égoïsme.

Elle a un faux point de départ: car elle conduit à légitimer des actions contre lesquelles notre nature intérieure se révolte.

Elle ne simplifie pas la morale, en substituant la notion d'utile à la notion de bien : car on ne sera pas plus près de s'entendre sur ce qui sera utile au plus grand nombre que sur ce qui sera bien en soi.

Elle est surtout dangereuse, en ce que l'intérêt bien entendu est une religion trop élevée pour les masses, qui exploiteraient le principe à leur manière, sans accepter les tempéraments factices qu'on essaie d'y apporter.

Enfin, la doctrine utilitaire tend inévitablement à graviter hors du cercle où l'on voudrait la renfermer, et à substituer un égoïsme sans élévation à l'autorité inviolable des lois morales.

CHAPITRE IX.

Système du Sens moral.

Lorsqu'on a réussi à combattre la philosophie égoïste et à montrer que nos idées sur le bien et sur le mal se forment sans aucune contemplation de notre intérêt personnel, le point le plus important est gagné : car, de savoir ensuite quel système philosophique on adoptera, ce n'est plus en comparaison qu'une question secondaire, puisque tous ces systèmes tombent d'accord de cette vérité capitale, que nous tendons à ce qui est bon par une détermination désintéressée, et qu'ils diffèrent moins entre eux par leurs conséquences pratiques que par la manière d'expliquer comment l'idée du bien et du mal est conçue par notre intelligence. Il ne sera cependant pas inutile d'examiner les principales opinions qui se sont placées en face de la morale de l'égoïsme.

Le bien moral nous apparaît comme le bien suprême, comme celui auquel tous les autres doivent céder : car dire qu'une chose est juste, c'est dire qu'elle doit être faite au prix des plus grands sacrifices, quand même tous les instincts de notre bonheur nous entraîneraient en sens contraire. Mais, dès-lors, ce bien par excellence, comment l'idée en

pénètre-t-elle dans notre esprit? A quoi sentons-nous qu'une chose doit être faite ou ne doit pas être faite?

Ici les philosophes se sont divisés en deux écoles : les uns veulent que nous acquérions l'idée du bien moral par une faculté distincte, par un sens de l'ame qui percevrait la moralité des actions comme l'œil perçoit la couleur des corps; les autres soutiennent que la distinction du bien et du mal résulte purement et simplement d'un jugement de notre raison.

Occupons-nous d'abord des premiers, de ceux qui font reposer les notions du juste et de l'injuste sur l'existence du sens moral.

Beaucoup de noms célèbres figurent parmi les partisans du sens moral, tels que Hutcheson, Adam Smith, Hume, en Angleterre; Jacobi, en Allemagne. Sans prétendre exposer leurs doctrines dans tous les points par lesquels elles diffèrent, ce qui demanderait trop de temps, je me bornerai à esquisser rapidement celle de Hume, non-seulement parce qu'elle appartient au penseur le plus distingué de l'école sceptique, mais aussi parce qu'elle est très-ingénieuse et qu'elle a le mérite de la netteté [1].

Suivant Hume, tout le problème de la morale roule sur ces deux questions : Quel est le caractère qui nous fait réputer certaines actions bonnes, et certaines autres mauvaises? Ce caractère étant connu, Qu'est-ce

[1] V. Hume, *Recherches sur les Principes de la Morale* (1752). Hume, qui naquit en 1711 et mourut en 1776, ne fut pas moins célèbre comme historien que comme philosophe.

qui nous pousse à pratiquer les actions que nous jugeons bonnes, et à éviter les autres?

A la première question, Hume répond que le caractère qui se montre dans toutes les actions qualifiées bonnes, c'est l'utilité abstractivement considérée, c'est-à-dire l'aptitude à produire du bonheur pour les hommes en général. Il ne s'occupe pas de chercher les motifs de cette loi : c'est seulement un fait qu'il constate, et qu'il prétend démontrer par l'expérience. Examinez, dit-il, toutes les actions, tous les penchants que le consentement unanime des intelligences sanctionne de son approbation : vous verrez que ces actions, que ces penchants, tendent à produire du bien soit pour l'agent lui-même, soit pour les autres hommes. Plus il y a de bien produit, plus l'acte est considéré comme vertueux.

« Peut-on rien alléguer de plus fort en faveur du commerce et des manufactures, s'écrie Hume, non sans quelque ironie, que les avantages qui en résultent pour la société? Un moine et un inquisiteur n'entrent-ils pas en fureur lorsqu'on dit à l'un que son ordre est inutile, et à l'autre que sa place est pernicieuse au genre humain? L'historien triomphe en faisant voir l'utilité qu'on peut retirer de son travail; le romancier cherche à diminuer ou à nier les effets dangereux qu'on attribue à son genre d'occupation. En général, quel éloge n'est point renfermé dans la simple épithète d'utile[1]? »

[1] Hume, *ubi supra*, sect. II, art. 3.

Cependant l'utilité, comme il l'entend, n'est point celle de l'école égoïste : car il parle de l'utilité des hommes en général. Il ne blâme pas l'égoïsme en ce sens que si l'homme cherche son bonheur sans nuire à autrui, son action est légitime; mais elle deviendrait mauvaise si, pour son propre avantage, il attentait à celui des autres.

D'après cette loi, on s'explique aisément pourquoi certains penchants sont considérés comme vertueux, quoiqu'ils ne tendent qu'au plus grand avantage de l'agent, tels que, par exemple, l'économie, la prudence : c'est qu'ils procurent du bonheur à quelqu'un, sans en ôter aux autres. Mais comme ils ne tendent qu'au bien-être d'un seul individu, ils ne sont pas l'objet d'une approbation aussi vive que la bienfaisance, que le courage, qui peuvent être utiles à un grand nombre de personnes. Il y a, enfin, des passions qui seront tantôt approuvées, tantôt désapprouvées, comme l'ambition, que l'on appelle quelquefois bonne et quelquefois mauvaise, selon qu'on la fait servir au bien ou au mal de l'humanité.

De tout cela, Hume conclut qu'il y a concomitance perpétuelle entre les idées de bien moral et celle de bonheur produit, et que de même que les actions peuvent produire plus ou moins de bonheur, de même aussi, et par une progression exactement proportionnelle, elles rencontrent plus ou moins d'approbation.

Voilà comment il résout la première question qu'il s'est posée : voyons maintenant comment il répond

à la seconde, c'est-à-dire comment il explique que nous soyons portés à pratiquer les actions qui ont ce caractère d'utilité générale déterminé tout-à-l'heure.

Dans la morale de l'égoïsme, ce fait n'a pas besoin d'explication : car il est évident de soi que nous sommes portés à rechercher ce qui peut être pour nous l'occasion d'un certain plaisir. Mais les actions légitimes, au sentiment de Hume, étant celles qui sont utiles aux autres aussi bien qu'à nous, il devenait nécessaire d'expliquer ce qui nous détermine à les pratiquer, et cela même aux dépens de notre intérêt personnel.

Or, ce mobile ne peut être la raison : car la raison ne fait que comparer les qualités des choses ; elle porte des jugements ; elle éclaire notre volonté ; mais elle ne peut pas l'entraîner. Ainsi, la raison me dira bien que tel fruit est savoureux, que tel vêtement est chaud ; mais ce qui me fait porter ce fruit à ma bouche, ce qui me fait revêtir ce vêtement, c'est uniquement que j'ai des sens qui en sont agréablement flattés. De même, pour les perceptions morales, la raison me dira bien : voilà une action qui est utile et par conséquent bonne. Mais qu'est-ce qui me détermine à cette action ? Ce ne peut pas être la raison.

Hume en conclut qu'il faut qu'il y ait en nous un sens particulier, non point matériel et grossier comme ceux du corps, mais un sens de l'ame, dont la fonction est de percevoir la moralité des actions et d'en être flatté, comme le palais perçoit les saveurs et

distingue celles qui sont agréables de celles qui ne le sont pas.

C'est ce qu'on a appelé tantôt sens moral, tantôt instinct moral, tantôt sentiment moral, et ce que le vulgaire nomme la conscience.

Ce sens moral, dont les fonctions dans l'ame sont tout-à-fait distinctes des opérations de la raison, percevrait directement le bien et le mal, comme une qualité simple, telle que la blancheur ou l'acidité dans les corps; et comme les actions morales lui agréent, nous serions portés à les faire pour nous procurer ce plaisir qu'on appelle quelquefois la satisfaction ou le témoignage d'une bonne conscience.

Telle est, en quelques mots, la doctrine de Hume. Elle nous paraît l'une des plus nettes, ce qui est toujours un grand mérite, et en outre l'une de celles qui se rapprochent le plus de la vérité. Essayons cependant de faire voir par quels points elle s'en écarte.

Hume a énoncé un fait généralement vrai, en disant que les actions bonnes étaient les actions utiles à l'humanité. Cependant il n'est pas juste de dire que notre estime se forme uniquement d'après la somme de bien qu'elles sont destinées à produire. Ce serait matérialiser en quelque sorte l'idée de la vertu, qui s'attache plus encore aux motifs de la volonté qu'à ses résultats.

Ainsi, je prendrai un exemple dans les faits qui ont influé puissamment sur l'avenir des hommes, la découverte de l'imprimerie, si l'on veut; ou plu-

tôt, comme quelques personnes pourraient en contester les avantages, choisissons une invention moins brillante, mais dont l'utilité ne sera pas déniée, l'invention du sulfate de quinine. Supposez que Pelletier, après avoir découvert cette poudre héroïque qui a sauvé la vie à tant de malades, ait hésité pour savoir s'il ouvrirait ou fermerait la main qui la contenait, mais qu'enfin la détermination d'être utile à ses semblables l'ait emporté : certainement nous approuverons cette détermination. Mais dira-t-on qu'elle est morale ? Non, sans doute; tandis que si l'on voit un pauvre prendre sur son nécessaire pour secourir un plus pauvre que lui, chacun sentira que c'est là une action vertueuse. Et cependant quelle comparaison y a-t-il, sous le rapport de l'utilité, entre une invention dont tous les siècles recueilleront les bienfaits, et une aumône obscure? Ce n'est donc point la somme d'utilité produite par chaque action qui nous fait juger son caractère moral.

La moralité des actions ne peut pas être appréciée isolément des intentions de l'agent. C'est par cette intention qu'elle est bonne ou mauvaise. Quant à la somme de bien produit, souvent elle dépend de circonstances postérieures qui ne doivent pas entrer comme éléments dans le calcul. Voilà pourquoi nous n'apprécions tel ou tel acte que d'après l'ordre de penchants dont il nous révèle l'habitude dans l'agent, et non pas d'après ses conséquences isolément considérées.

Sans appuyer davantage sur cette observation, qui

s'adresse à Hume en particulier, j'arrive aux objections que l'on peut faire en général à la doctrine du sens moral.

La base de cette doctrine consiste à supposer l'existence, dans l'ame humaine, d'un sens particulier qui percevrait la moralité ou l'immoralité des actions, comme l'œil perçoit l'obscurité ou la lumière, et qui, étant flatté agréablement par ce qu'on appelle le bien, nous solliciterait de le pratiquer.

Mais, d'abord, est-ce là une explication ? ou ne serait-ce pas plutôt un détour de la philosophie, qui, ne sachant pas pourquoi nous approuvons le bien, veut cacher sous des mots l'aveu de son ignorance? Un homme sincère aurait dit : Nous appelons bonnes les actions utiles à l'humanité, nous nous sentons portés à la pratique de ces actions sans savoir comment. Mais cela n'avait rien de scientifique, et l'on a préféré dire : Notre ame possède un sens distinct, auquel la moralité des actions cause du plaisir. Cependant, où se trouve-t-il, ce sens mystérieux? les philosophes l'ont-ils vu? Cette supposition gratuite n'apprend donc absolument rien de plus que le fait lui-même, à savoir que nous sentons tous qu'il y a une distinction entre le bien et le mal, et que le premier doit être préféré au second.

En outre, s'il était vrai qu'il y eût dans notre ame un sens de cette espèce, comment expliquer les opinions si diverses des hommes en matière de juste et d'injuste? On conçoit que l'éducation ou les préjugés puissent dénaturer jusqu'à un certain point notre

manière de juger les choses. Mais les sens! ils sont les mêmes chez tous les hommes. Demandez-leur quelle est la couleur d'un objet; le cannibale sera aussi instruit sur ce point qu'un membre de l'Académie des sciences. Ce qui est rouge à Paris sera rouge aussi à Pékin; et pourtant ce qu'on trouve juste à Pékin nous paraît souvent fort injuste en Europe.

Dire que c'est par un sens comparable à nos sens corporels que nous percevons la moralité des actions, c'est faire le procès à la science de la morale comme science; et ceux-là mêmes qui professent cette doctrine, la démentent les premiers, quand ils appliquent le raisonnement à l'appréciation des divers actes de la vie. Et en effet, raisonne-t-on jamais sur le témoignage des sens? Si vous me soutenez qu'une chose que je vois blanche est bleue, je pourrai rire de vous ou suspecter votre bonne foi; mais il ne me viendra pas dans l'idée d'argumenter pour vous convaincre. Pourtant les partisans du sens moral ne s'en tiennent pas à l'affirmation ou à la négation; ils daignent, comme les autres hommes, se livrer à la controverse : preuve évidente qu'ils sentent bien eux-mêmes la part qui revient à la raison dans ce qu'on appelle souvent les jugements de la conscience.

On a essayé de prétendre, pour échapper à ces objections, que les sens corporels eux-mêmes étaient souvent dupes d'illusions plus ou moins étranges, et qu'il n'était pas étonnant, dès-lors, que le sens mo-

ral pût quelquefois se tromper. Mais c'est commettre une grande confusion. Nos sens matériels ne nous trompent, dans quelques rares circonstances, que parce que les lois de la matière elle-même le veulent ainsi. Nous pourrons, par exemple, pendant la nuit, juger voisine de nous une lumière qui en sera éloignée. Mais alors tout homme, dans la même position, partagera la même erreur. Outre cela, l'on peut remarquer que ces illusions n'ont lieu qu'à la faveur de circonstances exceptionnelles, et jamais dans les conditions où nos sens s'exercent habituellement. Or, tout cela n'existe pas quant au prétendu sens moral : car plusieurs individus, placés sous l'influence des mêmes conditions, auront des opinions différentes sur le juste et sur l'injuste; et ces opinions opposées, qui ne peuvent être vraies en même temps, ils les conserveront constamment pendant toute leur vie. Tout cela ne peut se concilier avec l'existence d'un sens, dans l'acception ordinaire du mot.

Mais ce n'est pas tout : il reste à faire à la philosophie du sens moral une dernière objection qui lui porte un coup plus grave encore.

Hume prétend que nous ne sommes portés aux actions morales que parce que ces actions flattent agréablement le sens qu'il a placé dans notre ame. Mais il est clair qu'en partant de ce point, il ne peut plus y avoir idées de devoir, d'obligation, de mérite et de démérite : idées qui sont pourtant fondamentales en fait de morale.

Les actions vertueuses sont agréables à ma conscience, c'est pour moi un motif de m'y livrer; soit, mais si je veux me refuser ce plaisir, qui pourrait le trouver mauvais? Et pour user de la comparaison que me suggèrent les partisans du sens moral eux-mêmes, j'ai bien aussi un sens du goût qui me porte à préférer les choses douces aux choses amères. Cependant, si je prends la résolution de m'abstenir de choses douces, il ne viendra à l'idée de personne de me regarder comme un malhonnête homme. Et en effet, un sens peut bien avoir une prédilection pour certaines sensations; mais il ne peut pas m'imposer l'idée que je sois obligé de la satisfaire.

Les phénomènes de la conscience nous apprennent qu'il n'en est pas ainsi en ce qui la concerne. Non-seulement l'accomplissement d'un acte juste, légitime, nous cause un plaisir intérieur; mais nous sentons parfaitement qu'il y a pour nous obligation de le faire, et que nous serions déméritants si nous ne l'accomplissions pas. Or, ce démérite n'a rien de commun avec le regret d'avoir manqué l'occasion d'une sensation agréable. Tout au contraire, il serait plus vrai de dire que le devoir est souvent pénible, et que la prétendue sensation de plaisir que nous éprouvons n'est autre chose que le contentement d'avoir subi cette peine qui devait être subie, comme on est satisfait d'avoir bu une médecine amère qui devait être bue.

L'on doit conclure de tout ceci que l'idée de juste et d'injuste ne peut pas apparaître sans l'idée d'obli-

gation; qu'avec la théorie d'un sens pour le bien, comme il y a des sens pour les couleurs ou les saveurs, l'idée de penchant peut bien naître, mais que celle d'obligation ne peut pas se dégager; qu'il faut par conséquent rapporter à quelque autre faculté les notions qui existent dans tous les esprits sur la distinction du bien et du mal.

Cette faculté ne peut être que la raison.

CHAPITRE X.

Systèmes rationalistes.

Les philosophes qui ont placé dans la raison le siége des idées morales, n'ont pas tous adopté le même système.

Les uns, comme Price et Dugald-Stewart, renoncent à donner une définition du bien, qui serait, suivant eux, une idée simple et irréductible; de sorte que l'esprit comprendrait ce que c'est que le bien comme il saisit les vérités intuitives, et que toute autre idée par laquelle on voudrait expliquer celle-là, serait moins claire pour l'intelligence.

On doit donc dire, Le bien est le bien; comme on dit, L'étendue est l'étendue.

Ils admettent en outre qu'une fois cette idée conçue par la raison, il est de sa nature de s'emparer

de nous, et de nous attirer par un empire souverain; en sorte que sentir qu'une action est bonne, c'est sentir en même temps qu'elle doit être faite.

Dans ce système, aucune définition, aucune formule générale du bien n'étant donnée, on est forcé d'admettre que la raison perçoit la moralité de chaque action par une opération à peu près instinctive. Il faut s'abstenir de causer du mal à autrui, parce que ce serait mal; il faut honorer ses parents, parce que c'est bien; il faut être fidèle à sa promesse, parce que c'est bien encore. Mais en vertu de quel principe? On renonce à l'expliquer.

On voit quelle analogie frappante existe entre cette doctrine et celle du sens moral. Elle transporte dans la raison les fonctions de ce sens prétendu; mais voilà toute la différence, puisqu'elle ne peut dire ni en quoi le bien consiste, ni par quoi nous jugeons qu'il est le bien, ni pourquoi nous nous sentons obligés de le pratiquer.

D'autres philosophes n'ont pas cru que l'idée du bien fût primitive et irréductible. Ils ont essayé de le définir, et d'imaginer quelque principe antérieur, espèce de type duquel il faudrait rapprocher les actions pour juger, par une opération rationnelle, si elles sont légitimes ou illégitimes.

Ce type, pour Wollaston[1], c'est le vrai. Notre raison, par sa nature même, est amie du vrai, puisqu'elle est faite pour connaître la vérité des rapports

[1] V. Wollaston, *Ebauche de la Religion naturelle.* (Vécut de 1659 à 1724.)

existant entre les choses. Le vol est un mal, parce qu'en vous enlevant votre chose, je nie qu'elle vous appartienne; la calomnie est un mal, parce qu'elle consiste dans une imputation contraire à la vérité. Dans ce système, le mensonge serait le mal par excellence; et à vrai dire, les crimes les plus grands, le meurtre même, ne seraient pas aussi évidemment condamnables qu'un mensonge officieux.

Clarke[1] enseigne que le bien consiste à se conduire conformément à la nature des choses. Il se représente l'univers comme un tout dont les diverses parties sont liées entre elles par des rapports nécessaires. La raison, en concevant ces rapports, s'élève à la connaissance du rôle assigné à chaque être dans la création; et dès qu'elle a saisi cette idée, elle apprend à l'homme qu'il doit s'y conformer. Agir en conformité de ces rapports, c'est le bien; les troubler, les contrarier, c'est le mal.

Wolff[2] prétend que le bien consiste pour chaque être à perfectionner sa propre nature, c'est-à-dire à donner le plus grand développement possible aux di-

[1] Clarke, *Traité de l'Existence de Dieu et des Lois de la Morale naturelle.* On a attaqué la définition de Clarke, en objectant que, d'après lui, rien ne serait mieux que d'empoisonner quelqu'un avec de l'arsenic, parce qu'il est très-conforme à la nature des choses que l'arsenic corrode l'estomac et détermine la mort. Mais y a-t-il de la bonne foi dans cette objection? et Clarke n'entendait-il pas parler des rapports moraux aussi bien que des lois de la matière?

[2] Wolff, *Systema Moralis.* — Ce philosophe, élève de Leibnitz, a fait quelque temps école.

vers éléments dont il se constitue. De là l'obligation de perfectionner aussi le milieu dans lequel il vit, la famille dont il est membre, l'état auquel il appartient : car le trouble apporté dans ces diverses associations réagirait nécessairement sur son propre individu. On peut malheureusement reprocher à cette définition du bien, qu'elle n'en éclaircit pas l'idée, puisque le mot de perfection ne présente guère à l'esprit d'autre sens que celui d'un bien porté au suprême degré[1].

Pour M. Jouffroy, venu après tous les autres, l'idée de bien se résout dans l'idée d'ordre universel : « Le bien, dit-il, le véritable bien, le bien en soi, le bien absolu, c'est la réalisation de la fin absolue de la création; c'est *l'ordre universel.* La fin de chaque élément de la création, c'est-à-dire de chaque être, est un élément de cette fin absolue... Violer l'ordre, c'est une indignité aux yeux de la raison; réaliser l'ordre autant qu'il est donné à notre faiblesse, cela est bien, cela est beau. Un nouveau motif d'agir est apparu, une nouvelle loi, véritablement loi, une nouvelle règle, véritablement règle; un motif, une règle, une loi qui n'a besoin pour se faire respecter et re-

[1] L'on peut juger, par le passage suivant, de la clarté des définitions de Wolff en morale : « *Actiones bonæ tendunt vel ad conservationem perfectionis essentialis, vel ad acquirendum accidentalem, vel ad conservationem generis humani et in specie familiæ suæ, ejusque perfectionem, vel ad conservationem perfectionis essentialis et acquisitionem accidentalis aliorum, vel denique ad perfectionem communem sociorum atque status eorumdem.* »

connaître, d'invoquer rien qui lui soit étranger, rien qui lui soit antérieur ou supérieur [1]. »

En d'autres termes, c'est là un axiome qui se sent et qui ne se démontre pas. Mais ne peut-on pas reprocher à l'explication de M. Jouffroy d'être beaucoup moins claire que la chose expliquée? Que de réflexions, que de connaissances sont nécessaires pour s'élever à l'idée de la fin absolue de la création et du rôle assigné à chaque être dans l'univers! Combien de gens n'y ont jamais pensé, qui savent pourtant distinguer nettement le bien du mal! Qui me prouvera, d'ailleurs, qu'il est dans l'ordre universel que les gros poissons mangent les petits, tandis qu'il n'est pas dans l'ordre que les hommes puissants détruisent les faibles?

CHAPITRE XI.

Quelques Idées sur le Bien et sur le Mal.

Et eritis sicut Deus, scientes bonum et malum, a dit le démon à nos premiers parents. Mais il paraît que

[1] Jouffroy, *Cours de Droit naturel*, IIe leçon. — M. Jouffroy a consacré trois volumes à critiquer et à renverser tous les systèmes de morale antérieurement proposés; puis il s'est arrêté sans édifier le sien, dont il a seulement laissé entrevoir quelques idées générales. On pourrait lui appliquer le mot de Vinnius sur un jurisconsulte de son temps (Bachovius): *Non tam sententiæ suæ adstructor, quam destructor alienæ.*

cette promesse même fut trompeuse, puisque nous voyons la sagacité des philosophes se livrer à des disputes éternelles, sans parvenir à fixer, par des caractères acceptés de tous, ce que c'est que le bien et que le mal.

Ce fait ne doit-il pas convaincre l'homme du danger que court sa raison quand elle veut subtiliser au-delà des limites, et remonter à la source première des choses, qui restera toujours cachée à sa faiblesse! Quoi qu'il puisse faire, il y a en tout un dernier pourquoi qui lui échappe. Je vais essayer d'exposer ici quelques idées très-communes, pour lesquelles je ne revendique précisément d'autre mérite que d'être celles du sens commun.

Si nous ne savons point en quoi consiste le bien, ni ce qui fait que le bien est le bien, il y a du moins dans notre raison quelque chose qui nous crie que ce bien existe, que nous sommes obligés de le pratiquer, que cette idée n'est point dépendante des temps et des lieux, qu'elle n'est pas variable au gré des législateurs, et qu'en un mot, il ne peut y avoir de vraie morale que celle que tous les hommes pourraient accepter.

Que serait-ce qu'une théorie de vertu que trois degrés du pôle renverseraient, comme l'a dit Pascal! Se fait-on l'idée d'un bien qui serait borné par telle ou telle rivière ou que renfermerait une ligne de douanes! A la bonne heure pour les lois positives ou pour les usages capricieux du monde! Mais pour ces rapports d'équité qui ont devancé toutes les lois et qui

leur survivront, on ne peut les concevoir que comme éternels et universels.

Or, il n'y a qu'une seule règle d'action qui réponde à cette exigence de la raison, et c'est celle-ci : « Agis toujours d'après des règles telles que tu puisses vouloir qu'elles soient érigées en lois générales pour toi et pour tous les autres hommes [1]. »

Cette maxime de Kant est belle et majestueuse ; elle saisit l'intelligence ; elle brille aux yeux d'une lumière primitive, suivant l'expression du Dante :

A guisa del ver primo che l'uom crede.

Au début de toutes les sciences, il y a toujours des vérités élémentaires dont il ne faut pas demander la démonstration ; et dans les mathématiques, par exemple, quand on me dit que la ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre, je le crois, sans attendre qu'on me le prouve, ce qui serait d'ailleurs impossible. Il en est de même de l'axiome de Kant ; on peut le prendre sans crainte comme un point de départ assuré dans les jugements de la conscience [2].

Que par cet axiome on arrive au même point que par la doctrine de la perfection ou par le dogme de l'ordre universel, cela est possible : car on ne se figure pas qu'une loi, telle que tous les hommes puissent l'accepter, soit de nature à tendre au désordre ; mais il a sur tous les autres l'avantage d'être simple,

[1] Kant, *Principes de la Morale*, p. 38, trad. Tissot.

[2] Cumberland avait déjà remarqué, avant Kant, que *rien de ce qui ne peut être recherché et pratiqué par tous les hommes ne saurait être conforme à la raison.* (De Leg. Natur., cap. 5, § 46.)

intelligible, et de se servir à lui-même de démonstration.

Il conduit aussi à confirmer l'observation de Hume, que les actions réputées bonnes sont celles qui sont avantageuses à l'humanité, pourvu qu'on veuille entendre par-là, non point son bonheur matériel et présent, mais aussi, et surtout, son perfectionnement moral.

Enfin, je ferai encore remarquer qu'une loi comme celle que je propose répondra éminemment aux besoins de sociabilité de notre espèce, puisqu'elle nous défendra de faire aux autres tout ce que nous ne voudrions pas que les autres se permissent envers nous. C'est par-là que l'école de Grotius se rapprochait du vrai, quand elle plaçait dans l'instinct de sociabilité la source de la morale.

Et en effet, il ne peut pas se faire que la vertu ne soit point sociale, qu'elle n'entretienne point la confiance entre les hommes, qu'elle ne les rapproche pas les uns des autres, puisqu'il n'y aurait pas d'association plus heureuse et plus facile à régir que celle qui aurait toujours devant les yeux la maxime que nous proclamons.

Je n'entrerai pas dans la question de savoir si l'idée de devoir est antérieure, postérieure ou concomitante à l'idée du bien; si nous jugeons qu'une chose est bonne parce que nous sentons qu'elle doit être faite, ou si, au contraire, nous jugeons qu'elle doit être faite parce qu'elle est bonne. Les moralistes diffèrent d'opinion à cet égard. Pour nous, il nous suffira de ce fait que

nous révèle l'observation des phénomènes intérieurs: c'est que juger qu'une chose est bonne, et nous croire obligés de la faire, sont deux concepts liés étroitement entre eux. Nous ne les concevons pas plus l'un sans l'autre, que nous ne concevons le soleil sans l'idée de la lumière.

Ce jugement de la raison qui nous ordonne d'accomplir ce qui nous apparaît comme bien, est ce qu'on appelle la loi du devoir.

Cette loi ordonne, permet ou défend.

Elle ordonne les actions dont l'omission est jugée un mal.

Elle permet les actions qui ne sont point un mal, et dont l'omission n'est point un mal non plus; en d'autres termes, celles qui sont jugées indifférentes.

Elle défend les actions que la raison déclare mauvaises.

Dans aucun cas il n'est permis d'enfreindre la loi du devoir, qu'aucune considération ne peut suspendre. Néanmoins on ne peut nier qu'il n'y ait de la différence entre ses prescriptions, et que certaines obligations ne soient plus étroites que d'autres. Le contraire conduirait à dire que toutes les actions sont également bonnes ou également mauvaises, ce qui répugne au sens commun. Les moralistes, d'après cette idée, ont distingué des devoirs étroits et des devoirs larges, distinction juste si elle signifie qu'il y a des devoirs plus étroits ou plus larges les uns que les autres. Elle serait fausse, au contraire, si on l'entendait en ce sens, que tous les devoirs rentrent dans

deux classes tranchées, avec des caractères particuliers à chacune d'elles : car ils ne diffèrent entre eux que par des nuances insensibles qui ne permettent guère de placer la limite ici plutôt que là. Tout au plus peut-on dire par comparaison qu'une obligation est plus étroite qu'une autre avec laquelle on la met en parallèle. Elle serait fausse encore si on l'entendait en ce sens, que l'homme peut négliger les devoirs que l'on qualifie de larges, sans péril pour sa conscience. Les plus petits devoirs veulent être accomplis; sans cela, il y a faute. Seulement cette faute sera plus ou moins grave, selon que le devoir était plus ou moins étroit[1].

Ces principes posés, voyons quels instincts la nature a déposés en nous, soit pour nous aider à pratiquer le bien, soit pour nous en détourner.

D'un côté nous trouvons l'égoïsme, l'un des plus puissants mobiles de nos actions. L'homme, avant tout, pense à sa propre conservation; il est également

[1] Le fait de la gradation du bien et du mal était nié par les stoïciens : — « Soyez à cent stades de Canope, ou n'en soyez qu'à un seul, disait Chrysippe : dans les deux cas vous n'êtes pas à Canope. Soyez à quelques pas de la vertu, ou soyez-en à une grande distance : dans les deux cas vous n'êtes pas dans la vertu. » Ulpien était peut-être imbu de ces principes, quand il disait que celui qui touche l'oreille touche le corps, et que celui qui vole du blé dans un tas est aussi coupable que s'il avait volé le tas tout entier (v. GIRAUD, *Histoire du Droit romain*, p. 90). Quoi qu'il en soit, le raisonnement de Chrysippe est à peu près aussi juste que si l'on soutenait qu'un rhume est aussi grave qu'une phthisie, parce que, dans les deux cas, le malade n'est pas en état de santé.

entraîné vers tout ce qui peut lui procurer du plaisir, augmenter son bien-être et lui donner des gages de sécurité. Il n'y a point de mal dans cet instinct, tant que, pour le satisfaire, nous n'attentons pas aux droits des autres. Néanmoins l'amour de soi est le penchant qui nous pousse le plus souvent au mal, parce que la voix de nos appétits étouffe celle de la raison.

Mais cet instinct mauvais conseiller est-il le seul, comme le veut l'école d'Helvétius et de Bentham? Non, sans doute; il en est un autre qui vient souvent au secours de la raison pour rétablir l'équilibre, et cet instinct dont l'examen nous révèle l'existence en nous-mêmes, c'est celui de la sympathie.

Lorsque nous voyons le sang couler, et qu'un de nos semblables se tord dans les convulsions de l'agonie, lorsqu'à ce spectacle nous sentons notre cœur se serrer; il est difficile de croire, avec Hobbes, que ce soit par l'idée seule qu'un malheur semblable peut nous arriver un jour. La sensation est trop vive et trop instantanée pour être due à un pareil calcul; elle est l'effet de la sympathie.

A la vue d'un homme attaqué, blessé par des malfaiteurs, notre premier mouvement est de voler à son secours, et ce mouvement est assez fort souvent pour nous faire affronter le danger d'une lutte inégale. Ce n'est point encore là sans doute l'inspiration de l'intérêt personnel.

Qui croira, enfin, que dans l'amour d'une jeune mère qui serre avec effusion son enfant contre son cœur, il n'y ait que la prévision de l'utilité dont cet enfant

lui sera dans l'avenir? L'amour de soi arrache-t-il ainsi des larmes?

Ces penchants sympathiques envers nos semblables tendent à contre-balancer ceux de l'égoïsme; ils nous sollicitent à la bienveillance, au dévouement, tandis que l'égoïsme ne nous conseille que la prudence la plus étroite. Aussi, toutes les fois qu'il n'y va pas de son intérêt personnel, l'homme est bon, la sympathie agissant seule. Il n'y a personne qui fasse le mal pour le mal, si ce n'est dans quelques rares exceptions, où le cœur a été perverti par une éducation immorale ou par la pratique du crime.

Cet instinct vient puissamment au secours de la raison, dans son besoin de sociabilité, en faisant trouver à l'homme du plaisir à augmenter le bonheur de ses semblables, toutes les fois qu'il n'en coûte rien à sa propre félicité, et même quelquefois aux dépens de celle-ci.

Par-là s'explique aisément pourquoi la raison approuve tous les penchants qui dérivent de la sympathie, tandis qu'au contraire, ceux qui sont les enfants de l'égoïsme sont ou jugés avec froideur, ou improuvés formellement.

L'homme qui recherche sa propre utilité, même sans nuire à personne, ne nous paraît digne ni d'estime ni de blâme, parce que son action n'importe en aucune façon au bien de l'association humaine; mais nous applaudissons tous à la bienfaisance, qui rapproche les hommes les uns des autres et forme un des liens de la société.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut comprendre, c'est que l'instinct d'égoïsme d'un côté, l'instinct de sympathie de l'autre, ne sont pas des moyens de nous faire connaître le bien. La satisfaction de ces instincts nous cause un certain plaisir capable de nous attirer. Ce sont des forces qui agissent quelquefois dans le même sens, le plus souvent en sens contraires. A la volonté seule il appartient de les diriger, et c'est la raison qui éclaire la volonté libre de l'homme, en lui apprenant où est le bien, où est le mal.

Ceci répond à l'objection qu'ont faite quelquefois les adversaires du système rationnel, en prétendant que la raison n'est apte qu'à comparer les rapports des choses, à affirmer ces rapports ou à les nier, mais qu'elle ne peut pas être une cause impulsive, capable de déterminer notre volonté : fait qui ne peut résulter que de la prévision d'un certain plaisir, qu'ils ont placé dans le prétendu sens moral. Je me bornerai à répondre que les philosophes sont bien heureux de connaître aussi parfaitement ce qui est dans la raison et ce qui n'y est pas. Ils sont bien éclairés, ceux qui savent au juste où finit la raison et où commence le sens moral. Pourquoi donc la raison ne pourrait-elle pas entraîner notre volonté quand elle lui a révélé l'idée du bien, vers laquelle toute notre intelligence est attirée? Qui ne sent, d'ailleurs, que ces distinctions entre la raison et nos autres facultés ne sont qu'une création factice de la science? Dans le fait, il n'y a pas une raison, un sentiment, une mémoire : il y a l'homme raisonnant, l'homme

sentant, l'homme se ressouvenant. Or, pourvu que l'homme sache qu'il doit obéir à la loi du devoir, qu'importe qu'il le sache par un sentiment ou par un jugement de sa raison [1] ?

Mais, poursuit-on, si c'est par la raison que nous distinguons le bien du mal, il faudrait un procédé de raisonnement plus ou moins long pour juger telle ou telle action. Or, l'émotion que le bien nous fait éprouver est si instantanée, qu'elle ne peut être le résultat que d'un instinct particulier que l'on appelle souvent la *conscience.*

Nous ne blâmons pas l'usage de ce mot; loin de là, souvent il nous est arrivé de nous en servir: mais comme il n'est pas employé dans la même acception par tout le monde, il ne sera pas inutile d'expliquer ici le sens qu'il emporte pour nous.

CHAPITRE XII.

De la Conscience.

Il est peu de mots que l'on prononce plus souvent que celui de *conscience;* et pourtant ceux qui en par-

[1] Je serais tenté de croire, avec Thomasius, que *le voyageur affamé a raison de dévorer les mets, sans s'inquiéter d'éclaircir si le goût est dans le palais ou dans les aliments.* (V. Droz, *De la Philosophie morale*, p. 131.)

lent seraient, pour la plupart, embarrassés d'en donner la définition exacte.

Pour les poètes, par exemple, la conscience sera l'imagination frappée qui voit un accusateur dans les objets inanimés de la nature ; elle poursuit le méchant de ses fantômes, elle lui fait entendre dans les vents une voix qui condamne ses crimes.

Les gens du monde parlent de la conscience, sans chercher à se rendre compte de ce que c'est, et sans se demander si elle réside dans la raison ou dans la sensibilité; pour eux, c'est quelque chose qui nous porte au bien, et qui nous fait des reproches quand nous agissons mal. Souvent même ils confondent la conscience avec la probité ou la vertu, et c'est en ce sens qu'on dit qu'un homme a plus ou moins de conscience ou qu'il n'en a pas du tout.

Mais les philosophes, qui aspirent à plus de précision dans les idées, ont cherché à soumettre celle-ci à l'analyse, sans toutefois pouvoir s'accorder.

Pour les uns, comme on l'a vu, la conscience est un sens véritable qu'ils ont appelé *sens moral*, et qui perçoit directement, sans aucune opération du jugement, la moralité des actions : espèce de fanal allumé dans notre ame par la Divinité, pour nous guider dans la recherche du bien ou du mal.

D'autres répudient le mot de conscience, comme incompatible avec la saine philosophie. A les en croire, ce que l'on appelle ainsi ne serait que la voix confuse de mille sentiments mal définis qui s'agitent en nous, que le cri de nos sympathies ou

de nos antipathies luttant avec la logique, tantôt l'empêchant d'apprécier sainement la convenance des actions, tantôt l'obscurcissant tout-à-fait. C'est surtout la philosophie de l'égoïsme qui a cherché à se débarrasser par ce moyen d'une chose qui l'importunait.

Heureusement, il n'est pas aussi aisé de supprimer la conscience que de la nier. C'est l'un des dons les plus précieux que Dieu ait faits à l'homme, puisque c'est par elle qu'il se dirige dans la voie du bien. Seulement il faut savoir ce qu'on doit entendre par cette conscience que chacun sent, qui parle à tout le monde, que l'on n'écoute pas toujours, et sur laquelle bien peu de personnes réfléchissent.

J'adopterai complètement la définition que Kant a donnée de la conscience, quand il a dit que c'était *la raison représentant le devoir dans chaque cas d'une loi, pour absoudre ou pour condamner*[1].

Ainsi la conscience n'a point de mystères; elle n'opère pas à la manière des sens, aveuglément, sans pouvoir rendre compte de ses procédés; elle ne qualifie pas les actions par une sorte de tact, et sans motiver ses arrêts. Elle n'est autre chose que la raison elle-même comparant les actions aux lois de la morale, jugeant leur légitimité ou leur illégitimité à ce *criterium* suprême, apprenant à l'homme qu'il est digne d'approbation quand il observe ces lois, mais qu'il est méprisable quand il les viole.

[1] KANT, *Principes de la Morale*, p. 46, trad. Tissot.

La rapidité avec laquelle ses jugements se forment, la vivacité avec laquelle elle se prononce, a pu faire croire, il est vrai, qu'elle procédait plutôt à la manière des sens que par une opération rationnelle; mais on me permettra de citer, à ce sujet, un passage d'un écrivain éminent : car je ne saurais mieux dire : « Il faut distinguer deux choses, a dit M. Jouffroy, la vue confuse et la vue claire de la loi morale. La vue confuse de la loi morale est contemporaine de la première apparition de la raison dans l'homme; c'est une de ses premières conceptions, et chez beaucoup d'hommes cette conception reste confuse pendant toute la vie et ne se transforme jamais en une idée claire. Ce qu'on appelle la conscience morale n'est autre chose que cette idée confuse de l'ordre, et de là vient que ses effets ressemblent moins à ceux d'une conception de la raison qu'à ceux d'un *instinct* ou d'un *sens*. Ses jugements n'ont point l'air de dériver de principes généraux qu'elle applique aux cas particuliers qui se présentent; ils semblent plutôt résulter d'une espèce de tact qui, dans chaque cas particulier, lui fait sentir ce qui est bien et ce qui est mal. Mais le caractère obligatoire du bien et du mal ne participe point, dans les phénomènes de la conscience, à la confusion de la perception[1]. »

Ajoutons à cela que quand la raison s'est accoutumée à toujours aller d'un principe à une consé-

[1] Jouffroy, *Cours de Droit naturel*, 11e leçon.

quence, de celle-ci à une autre, et de cette autre à une troisième qu'elle a constamment trouvée vraie, elle prend bien vite cette vérité conséquentielle pour un principe qui brille à ses yeux de la même évidence que l'axiome lui-même. Elle met alors en oubli tous les premiers pas qu'elle a faits, peut-être après bien des tâtonnements, et elle considère comme un point de départ assuré la vérité nouvelle qu'elle a découverte. Ainsi, quand je vois un ruisseau couler vers moi d'un autre lieu, mon esprit perçoit immédiatement en apparence que cet autre lieu est plus élevé que celui où je suis placé; et cependant il ne peut être certain de cette conclusion qu'en jugeant que l'eau est un fluide, que la nature des fluides est de s'épancher et de tomber vers le centre de la terre, qu'un lieu élevé est plus éloigné du centre de la terre qu'un lieu bas, etc. Combien de raisonnements intermédiaires que ma raison s'épargne, parce qu'elle les a faits cent fois et que l'expérience lui permet de les supprimer! Il en est absolument de même pour les jugements de la conscience. Quand je suis témoin d'un vol ou d'un mensonge, ma raison condamne immédiatement ces actes, comme elle prononce immédiatement que l'eau coule des lieux élevés vers les lieux bas; dans les deux cas l'homme peut s'imaginer qu'il a été guidé par une sorte d'instinct.

Que si la conscience n'est autre chose que la raison, l'on doit en conclure qu'elle existe chez tous les hommes. Seulement, comme les hommes cultivent

plus ou moins leur raison, leur conscience sera plus ou moins éclairée. On remarquera aussi que dire qu'un homme a la raison cultivée et par conséquent la conscience éclairée, ce n'est pas affirmer qu'il soit vertueux : car la conscience n'est pour nous qu'un conseiller, et en vertu de notre liberté, nous embrassons souvent le parti qu'elle désapprouve, entraînés par l'intérêt personnel ou par d'autres mauvais penchants. Nous sommes alors d'autant plus coupables d'avoir fait le mal, qu'elle nous avait avertis de nous en abstenir[1].

Mais alors, dira-t-on, pourquoi tant parler de cette conscience, qui après tout n'empêche pas les hommes de commettre des crimes ? — Je répondrai en demandant si la doctrine de l'égoïsme les en empêcherait davantage.

CHAPITRE XIII.

Des Influences qui dénaturent la Conscience.

Il semblerait que la conscience, n'étant autre chose que la raison de l'homme, ne doit point varier de

[1] Il y a des peuples dont la moralité est profondément viciée sans que leur conscience le soit : par exemple en Italie, où presque tous les paysans se font, dans l'occasion, voleurs de grand chemin, quoiqu'ils sachent très-bien que c'est un crime. Il y en

peuple à peuple ni d'individu à individu. Il ne faut pas toutefois que ce fait engendre le scepticisme : car la diversité des opinions peut s'expliquer par différentes influences qui dénaturent, qui oblitèrent même le sens moral sous certains rapports. Ces influences, dont les unes sont propres à l'état de barbarie, et les autres à l'état de civilisation, sont l'ignorance, l'éducation, l'habitude et les préjugés.

La raison humaine est un instrument admirable ; mais chez le sauvage, elle est comme l'or natif dans sa gangue. Elle sommeille faute d'avoir été exercée ; elle ne s'élève pas au-dessus des plus vulgaires conceptions. Pour le Nègre du Sénégal, une montre est animée. Il croira aux propositions les plus absurdes, plutôt que de faire usage du raisonnement, tant ses facultés intellectuelles sont engourdies ! De là sa vénération pour les fétiches, petits morceaux de bois qu'il taille lui-même, et dans lesquels il voit l'arbitre de son destin.

Les Arabes de Moka, qui se servaient mal-adroitement de la lunette de Niebuhr, et qui y voyaient les femmes marcher les pieds en l'air, ne pouvaient comprendre pourquoi leurs robes ne leur retombaient point par-dessus la tête [1].

Faut-il s'étonner après cela que dans l'Océanie, les insulaires, qui ont entendu dire à leurs prêtres que

a d'autres dont la conscience est aveuglée, quoique leur moralité soit bonne, comme on en verra des exemples dans le chapitre suivant.

[1] Ce fait est rapporté par Niebuhr dans son *Voyage en Arabie*.



le moyen de rendre la santé à leurs parents malades est de se couper un ou plusieurs doigts de la main, accomplissent ce douloureux sacrifice, sans jamais être détrompés par l'expérience[1]! Peut-on avec bonne foi, je le répète, se prévaloir des erreurs où sont de tels hommes, pour les opposer aux croyances des peuples éclairés, et pour en conclure que la distinction du bien et du mal n'existe pas!

Lorsque cent mille logiciens de Viti-Levou viendraient déposer leur témoignage en faveur de l'anthropophagie, pourraient-ils entrer un instant en

[1] « La tendresse filiale leur inspire souvent les plus douloureux sacrifices (dit le missionnaire Chevron, en parlant des insulaires de Viti-Levou). Voient-ils leur père ou leur mère en danger de mort, ils n'hésitent pas à se couper la première phalange du doigt annulaire, pour apaiser le courroux de leurs divinités. Si la santé ne revient pas au malade après cette première offrande, ils se mutilent de nouveau, coupent à chaque crise une phalange de plus, amputent successivement tous leurs doigts et le poignet lui-même, persuadés qu'à ce dernier coup la vengeance des dieux sera satisfaite et la guérison infaillible. C'est ordinairement avec une pierre aiguë ou un simple coquillage qu'ils se font cette cruelle opération. Presque tous les sauvages que j'ai vus à Viti-Levou étaient privés d'un ou deux doigts. »

« Et plus bas : « Ces insulaires passent pour les plus redoutés cannibales de l'Océanie. Je tiens de personnes bien informées qu'à leurs yeux c'est plus qu'un droit, c'est un devoir de religion de manger les malheureux naufragés que la tempête jette sur la côte, fût-ce leur père ou leur mère. Lorsqu'ils le peuvent, ils n'attendent pas même que le navire ait échoué pour accomplir ce monstrueux devoir envers les Européens. » (Lettre du R. P. Chevron, dans les *Annales de la Propagation de la Foi*, n° de mai 1842.)

balance avec celui d'un Européen à qui cette seule idée fait horreur!

Mais sont-ils coupables, les malheureux qui se livrent à des pratiques sanguinaires sous l'empire des illusions qui les dominent? Question délicate à résoudre : car où est le crime quand la conscience ne parle pas? que reprocher à l'homme qui chancelle et qui perd sa route, quand le flambeau qui devait le guider est éteint[1]?

Au surplus, les peuples barbares ne sont pas les seuls chez qui la conscience se dénature de la sorte. Le même phénomène se remarque chez les peuples civilisés, sinon d'une manière aussi complète, au moins pour certaines classes de jugements moraux.

La raison en est dans l'habitude : car c'est le propre de notre esprit de rester dans une incroyable apathie devant les faits qui nous ont frappés dès notre enfance, comme en présence des opinions que nous avons toujours vu professer autour de nous. A peine quelques génies investigateurs cherchent-ils la raison des choses ; la masse n'y pense pas, ou elle croit à la première explication donnée, et la masse entraîne avec elle jusqu'aux intelligences récalcitrantes.

[1] L'opinion de S. Thomas était que l'on doit obéir à sa conscience quand elle se trompe, à peine de péché: « *Qui habet erroneam conscientiam... credit id quod est contrarium suæ conscientiæ esse contra legem Dei. Ergo, si vult facere illud, vult facere contra legem Dei, et ita peccat; et ita conscientia, quantumcumque erronea, obligat ad peccatum.* (Tom. XII, *Quæstiones disputatæ*, p. 784.)

O vous tous, Socrate, Caton, Marc-Aurèle, vos cœurs étaient nobles et généreux, vos esprits vastes et sublimes, et pourtant vous avez tous cru à la légitimité de l'esclavage, du suicide, du pillage, qui n'est que le vol de nation à nation[1] ! Vous vous trompiez avec votre époque, et qui donc pourrait s'en étonner? Ramenons seulement nos yeux sur ce qui se passe dans l'ordre sensible, et nous y serons témoins d'illusions non moins étranges.

Combien de temps l'homme n'a-t-il pas pesé sur la terre, combien de temps n'a-t-il pas vu tomber les graves, sans même penser à se demander la cause de ce phénomène, et sans soupçonner les lois de l'attraction! Combien de temps n'a-t-il pas vu l'eau s'élever dans le vide, sans en conclure que l'air fût un corps pesant[2]? Les physiciens d'alors n'étaient-ils pas fiers de leur grande maxime : *Natura abhorret vacuo?* Et quand on leur objectait que l'eau s'arrêtait à trente-deux pieds, quoiqu'il restât encore du vide

[1] La haute intelligence de Marc-Aurèle paraît avoir eu au moins un scrupule sur la légitimité de l'esclavage, quand il écrivait ces paroles remarquables : « Une araignée se glorifie d'avoir pris une mouche; et, parmi les hommes, l'un se glorifie d'avoir pris un lièvre, un autre un poisson, celui-ci des sangliers ou des ours, et celui-là des Sarmates. Mais si l'on recherche quels motifs ont guidé ces derniers, ne dira-t-on pas aussi que ce sont des brigands? » (*Pensées*, XV, 8). Toutefois cette idée n'avait pas empêché Marc-Aurèle lui-même de prendre beaucoup de Sarmates.

[2] On était bien loin alors de se douter de ce fait établi par la science moderne, que le poids de notre atmosphère égalait celui de 581,000 cubes de cuivre d'un kilomètre de côté.

au-dessus, ne répondaient-ils pas avec une ferme confiance en eux-mêmes, que la nature n'avait horreur du vide que jusqu'à trente-deux pieds[1]? Tout le monde, jusqu'à Galilée, ne se payait-il pas de cette explication? tant notre curiosité est peu excitée par les choses que nous voyons tous les jours! tant nous croyons sans examen ce que nous avons toujours entendu dire!

Telle est aussi la cause de tant de préjugés qui s'enracinent si fortement dans la raison jeune encore, qu'elle y croit sans rechercher s'ils sont bien ou mal fondés, et qu'il devient très-difficile de les extirper ensuite. Ces préjugés, que nous avons toujours vus respectés, que nous avons toujours respectés nous-mêmes, deviennent pour ainsi dire partie de notre conscience, et les attaques dont ils pourraient être l'objet nous causent un sentiment pénible, absolument comme le philosophe du moyen âge aurait été révolté si un profane fût venu lui nier sa maxime fondamentale : *Natura abhorret vacuo.* Félix Hermelin, l'homme le plus docte de la Suisse au xve siècle, croyait que la lettre N était un préservatif contre la peste, parce qu'il voyait les autres le croire. Le mahométan qui boit du vin, sent sa conscience lui crier qu'il a mal fait.

Mais de tous ces préjugés, le plus puissant, le plus vivace parmi les nations civilisées, du moins en Eu-

[1] Galilée lui-même avait d'abord adopté cette explication. (V. Herschel, *Discours sur l'Etude de la Philosophie naturelle*, § 245.)

rope, c'est celui de l'honneur, qui a conservé tant de force que celui-là même qui le blâme en théorie s'y soumet quelquefois dans la pratique; et cependant la plupart des maximes qu'il accrédite sont aussi contraires à la logique qu'elles sont désapprouvées par la conscience.

Comment se fait-il qu'un homme frappé au coude, à l'épaule ou à la jambe, ne soit pas déshonoré; mais qu'il le soit, s'il est frappé au visage? Comment se fait-il que, quand une femme commet une faute, le déshonneur soit pour le mari qui n'a rien à se reprocher? Dix-neuf personnes sur vingt sont cependant convaincues qu'il en est ainsi.

Ces mêmes personnes croient aussi que l'offensé ne doit pas réclamer des tribunaux une réparation logique et régulière, mais qu'il doit l'exiger lui-même les armes à la main; car le duel est l'unique remède qu'offre l'honneur pour ses blessures imaginaires.

Et plût au ciel encore qu'il n'eût jamais prêché pis que le duel, tout subversif du bon ordre que soit cet usage barbare! Mais que de forfaits atroces n'a-t-il pas commandés ou excusés! Il fut un temps où il était passé en maxime que celui dont l'honneur avait été souillé ne devait pas même s'exposer par le duel à manquer sa vengeance, mais qu'il devait frapper un coup plus sûr par l'assassinat. On alla plus loin: l'honneur commanda de ne pas attendre que l'outrage fût certain, il ordonna de verser le sang sur un

simple soupçon[1]. Ces maximes, débitées sur les théâtres, provoquaient les applaudissements du peuple le plus instruit, le plus policé, le plus chevaleresque qui fût en Europe. On comprend alors comment un poète de ce pays a pu s'écrier :

Maldigate Dios, honor!
Temeraria invencion fuiste[2].

Création téméraire en effet que celle qui installait dans l'ame humaine cette superstition grandiose à laquelle on offrait en holocauste la conscience, les sentiments du cœur et les dévouements les plus nobles comme les crimes les plus sanglants!

Heureusement que ces idées se sont mitigées; mais le préjugé n'est pas éteint pour cela. Quand on le voit subsister au milieu des nations les plus civilisées, malgré les lois qui le condamnent, peut-on s'emparer de quelques usages barbares pratiqués par des peuples sauvages, pour en conclure que le droit naturel n'existe pas! Il faut bien plutôt en conclure que la raison de l'homme est sujette à l'erreur; et il n'est que trop d'exemples pour démontrer que dans l'entendement le plus sain il y a quelquefois une corde qui ne vibre pas, ou qui rend un son faux.

Je dois prévenir, en terminant ce chapitre, une

[1] Témoin ces vers de Calderon :
Mas quien tiene sangre hidalga
No ha de aguardar a creer,
Que el imaginar le basta.
(La Devocion de la Cruz, jorn. I.)

[2] Lope de Vega, *el Perro del Hortelano*, act. III, sc. V.

objection qu'il serait possible de m'adresser. Puisque la raison de l'homme est faillible, pourrait-on dire, puisqu'elle est sujette à se laisser aveugler à son insu par des préjugés, comment pouvons-nous être certains, sur un point quelconque, de ne pas être trompés par elle? Je répondrai qu'en recherchant les fondements du droit et de la morale, il n'est pas absolument impossible qu'en effet nous soyons encore dominés sous certains rapports par des préjugés que l'avenir détruira. Cependant toutes les probabilités nous font croire que ces préjugés ne sont pas nombreux. Leur nature est de dominer avec force tant que l'esprit d'examen ne les attaque pas; mais quand cet esprit, qui a fait tant de ruines depuis deux siècles, les soumet à sa critique, ils ne résistent guère à la toute-puissance de la raison. On peut donc croire qu'en écartant le témoignage des peuples barbares, qui n'est digne d'aucune considération, l'accord des esprits éclairés de l'Europe, au moins sur les grands principes, équivaut à une entière certitude.

La conscience n'en a pas moins ses problèmes devant lesquels elle reste souvent en suspens. Je vais, dans les chapitres qui terminent ce livre, examiner quelques-unes des opinions controversées en morale, afin de débarrasser le terrain de tout ce qui ressemblerait à des cas de conscience, avant d'arriver au droit proprement dit.



CHAPITRE XIV.

De la Doctrine de la Probabilité.

On appelle doctrine de la probabilité celle d'après laquelle il serait permis à un homme, dans les cas douteux, de suivre le parti que sa conscience désapprouve, pourvu qu'il ne soit pas dépourvu de toute probabilité, et qu'il ait, par exemple, en sa faveur, soit une forte raison naturelle, soit l'opinion de quelque docteur grave[1]. Les partisans de cette doctrine trouvent injuste de conseiller à l'homme l'humilité et la défiance de ses propres lumières en toute chose, sauf quand il faut décider contre lui-même, et cela sans qu'il lui soit permis de tenir compte de l'opinion des personnes éclairées auxquelles il doit déférer en toute autre occasion.

Pascal a donné de la célébrité à cette doctrine, qu'il a combattue. Il n'en serait pas de plus dangereuse par les accommodements auxquels elle prêterait.

Quelle élasticité aurait la morale, s'il était convenu que toute action devient licite, pourvu qu'elle ait été déclarée telle par un docteur, fût-ce en théologie! Le nombre des choses permises s'agrandirait démesurément. Tout au plus pourrait-on dire qu'on doit s'en rapporter à la majorité des suffrages; et en-

[1] V. DURAND DE MAILLANE, *Dict. de Droit canon.*, vº OPINION.

core, dans les questions qui intéressent la conscience, cette règle ne serait pas sans danger.

La conscience est un juge sans appel. Il y a des questions nombreuses susceptibles de doutes réels. Dans ces cas, il est licite de consulter l'opinion des autres, moins pour déférer à leur autorité que pour s'éclairer par leurs avis. Mais si les raisons qu'ils allèguent ne nous convainquent pas, il faut suivre ce que notre raison nous dicte. Autrement, il faudrait dire qu'il est raisonnable de faire ce que nous jugeons déraisonnable.

Cependant on doit distinguer le cas où la morale permet, d'avec celui où elle défend.

Quand notre conscience nous présente comme permise une chose que nous voyons blâmée par beaucoup d'honnêtes gens, c'est alors que nous devons hésiter; c'est alors que nous devons nous défier de nous-mêmes, puisque d'un côté la conscience ne nous commande rien, mais nous permet seulement, et que de l'autre nous courons risque de nous tromper, et, dans tous les cas, d'encourir le blâme d'une partie de nos semblables.

Mais si notre conscience nous défend positivement quelque chose, l'opinion d'autrui, qui permettrait, ne peut pas nous autoriser à agir, parce que cette opinion n'a rien d'impératif pour nous. C'est du tribunal de sa propre conscience que chacun est justiciable. Il serait méprisable de relâcher sa jurisprudence pour imiter le relâchement qu'il désapprouve dans autrui.

— Mais, dit-on, tout le monde commet cette action : cela est entendu ; l'opinion publique la tolère. Si je ne suis pas l'exemple général, je serai constitué en perte, et l'on n'en sera pas moins convaincu que j'ai fait comme les autres. J'y gagnerai de mourir de faim. — Voilà le raisonnement des tailleurs qui volent le drap de leurs pratiques. Agrandissez-le, et les juges voudront garder les rognures de la justice, les administrateurs, celles de l'administration, et la corruption s'infiltrera partout dans l'état.

C'est une sage maxime que celle qui dit à l'homme : Dans le doute, abstiens-toi. Abstiens-toi, c'est-à-dire défie-toi de ton intérêt, sois en garde contre les sophismes de ton égoïsme. Ne te permets rien contre les autres, si tu n'es pas certain d'être dans ton droit. C'est le propre des consciences accommodantes que de côtoyer ces bornes douteuses qui séparent le juste de l'injuste ; l'honnête homme passe au large, tout-à-fait dans la vertu.

CHAPITRE XV.

De la Doctrine du plus petit Mal pour un plus grand Bien.

Il n'est pas de question qui ait soulevé plus de tempêtes parmi les moralistes, que celle de savoir

s'il est permis de commettre une action mauvaise pour atteindre un résultat désirable. La variété des idées a été si grande, qu'on en a vu autoriser des faits très-condamnables en vue de quelque avantage pécuniaire [1]; pendant que d'autres enseignent qu'il n'est pas permis de sauver sa vie ou celle de ses proches, même au prix du plus petit mensonge.

La manière même dont la question est posée d'ordinaire, n'a pas contribué à l'éclaircir. Quand on demande s'il est permis de mal faire en vue d'un bien qu'on se propose, il semble qu'il ne faille pas hésiter à répondre négativement, puisque le caractère de la loi morale est précisément qu'elle doive être observée à quelque prix que ce soit; mais souvent ensuite on pose des hypothèses qui n'ont plus aucune connexité avec ce principe.

Je crois que, pour faciliter la solution du problème, il faudrait en changer les termes, et dire : Dans le conflit de deux devoirs qui se combattent, est-il permis de violer celui qui est le moins rigoureux, pour accomplir celui qui l'est le plus?

[1] Par exemple, ceux qui permettent à un plaideur menacé d'une injustice de donner de l'argent à la maîtresse du juge pour se le rendre favorable : *Est-ne licitum aliquid dare concubinæ judicis ut apud illum intercedat, quando negotium est grave, nec alia apparet via qua possis illum ad tuum jus conservandum inflectere? — Palaus sentit me sic posse meam vexationem redimere.* » (Escobar, tr. 6, exam. 6, c. 6, nº 47, p. 743). Sanchez croit aussi que l'on peut faire un cadeau dans un cas de ce genre; mais il ne s'en explique que pour le juge lui-même. (V. ses *Consilia moralia*, lib. III, c. 1, dub. 3.)

Qu'il y ait des devoirs en sens contraire, c'est un fait singulier peut-être, mais qu'il est impossible de contester. Autant vaudrait nier l'intérêt de la plupart de nos tragédies, dont le ressort principal repose sur ce bizarre phénomène du cœur humain. Quand le poète a pu dire de César :

Romain, je le condamne, et, soldat, je l'admire!

Il faisait allusion à ces voix contradictoires qui partent quelquefois de différents côtés dans la conscience, et qui causent tout le trouble que nous éprouvons à nous conduire dans la recherche du juste et de l'injuste. Heureusement, la vie humaine est moins compliquée que les intrigues du théâtre. Ces antinomies du devoir s'y rencontrent rarement, et quand elles s'y rencontrent, le bon sens suffit d'ordinaire à les résoudre.

Ainsi, quoi qu'en ait dit saint Augustin [1], que si des brigands cherchaient un innocent pour le mettre à mort, je n'aurais pas le droit, en niant qu'il fût chez moi, de lui sauver la vie, il ne se trouvera probablement personne pour mettre ces maximes en pratique. Les moralistes eux-mêmes qui les consignent dans leurs traités, ne les observeraient pas dans l'occurrence, et je crois qu'ils auraient raison.

Il est sans doute de mon devoir de ne point trahir la vérité ; mais la raison m'apprend qu'il y a des mensonges plus ou moins graves, et que ce qui en

[1] S. Augustin, *De Mendacio*, c. 13. — C'est aussi l'avis de S. Thomas, *Summ. Theol.* (sec. secund., quæst. 110, art. 3).

augmente ou en diminue la gravité, c'est le but dans lequel on les commet. Il est plus grave à un homme de mentir pour nier une dette, qu'il n'est grave à un enfant de mentir pour s'excuser d'avoir taché son habit. L'infraction du devoir sera donc plus ou moins grave aussi suivant les circonstances.

D'un autre côté, il n'est pas moins de mon devoir de venir au secours de mes semblables injustement menacés : car celui qui laisse commettre un crime sous ses yeux, s'en rend en quelque sorte le complice.

Reste donc à savoir, dans le conflit de ces deux devoirs, quel est le plus pressant. Lequel sera le plus mal, de faire un mensonge véniel, ou d'acquiescer à un meurtre? Ainsi posée, la question est facile à résoudre.

On a essayé de faire une objection en disant: Vous n'avez pas le droit de commettre la moindre violation de la loi morale, même pour votre plus grand intérêt; les autres n'auraient pas non plus le droit de mentir pour sauver leur vie : ils ne peuvent donc point exiger que vous fassiez davantage.

J'accepte, si l'on veut, la discussion sur ce nouveau terrain, et je répondrai que l'homme attaqué injustement a le droit de mentir pour sauver sa vie.

En effet, par où le mensonge est-il un mal? Est-ce par le fait matériel qu'on a prononcé une affirmation contraire à la vérité? Non, sans doute : car si je dis dans la solitude de mon cabinet : Ce n'est point Virgile qui a fait l'Enéïde, il y a là un mensonge, si l'on veut, mais un mensonge qui n'est point impu-

table. Le côté mauvais du mensonge est donc dans ce qu'il cause du préjudice à autrui, soit en induisant sa raison dans l'erreur, soit en le déterminant à quelque action contraire à ses intérêts. Que si cela est, j'ai le droit de faire un mensonge à celui qui m'attaque injustement, pourvu que ce mensonge ne nuise qu'à lui et me procure le moyen de me sauver, absolument comme j'ai le droit de le blesser et même de le tuer pour me défendre. Cette action est mauvaise en général; mais elle n'est pas mauvaise contre celui qui m'a provoqué, et sur qui la responsabilité en retombe tout entière.

Qui pourrait, en effet, m'imputer ce mensonge? Sont-ce les autres hommes? Mais je ne leur ai pas causé de préjudice, je le suppose. Serait-ce Dieu? Mais je n'ai pas trompé Dieu. Serait-ce, enfin, mon agresseur? Mais il serait bien singulier que j'eusse le droit de le tuer, et que je n'eusse pas le droit de lui faire un mensonge?

Ainsi se réduisent à néant ces prétendues règles d'une morale ultra-délicate, qui ne reposent en réalité que sur des aberrations de logique.

Quant à l'autre question que j'ai posée en commençant, on me dispensera de l'examiner. La solution des moralistes que j'ai cités va trop directement contre le conseil de Saint-Paul, qu'*il ne faut jamais faire du mal pour qu'il en arrive du bien* [1].

Je sais que certaines gens sont tellement dominés

[1] S. Paul, Roman. III, 8.

par l'idée d'un bien à réaliser, qu'elles se résolvent à lui sacrifier tout, même leur personne morale. On a vu des mères tuer leurs enfants en bas âge pour assurer leur félicité dans une autre vie. D'autres ont dit : Je commettrai un crime, je me vouerai à la damnation éternelle pour assurer le triomphe de ma foi. Alors cela devient du fanatisme; il n'y a pas moyen de raisonner avec les gens qui en sont atteints. Mais tous ceux qui seront de sang froid les plaindront et les condamneront.

On remarquera en terminant que, lorsqu'on dit qu'il y a des devoirs en sens contraires, à des degrés inégaux, ce n'est pas dire que celui qui viole le moins rigoureux commet une faute : car, bien qu'il y ait deux devoirs en opposition, il ne peut cependant y avoir obligation que d'un côté, comme quand deux forces inégales se rencontrent, la résultante se dirige dans un sens unique. Celui qui donne le change à des assassins par un mensonge, ne commet aucune faute; au contraire, son action est louable, parce qu'il obéit au seul devoir qui subsiste pour lui, celui d'empêcher un assassinat [1].

[1] Les moralistes se posent beaucoup d'autres questions, comme, par exemple, de savoir si un accusé peut mentir pour éviter la peine qu'il a méritée; si une femme peut se suicider pour échapper au déshonneur; si elle doit sacrifier son honneur pour sauver la vie de son père ou de son mari. — L'examen de ces questions rentre dans la casuistique; elles doivent d'ailleurs se résoudre par les principes que nous avons posés : Quel est le devoir le plus rigoureux?

CHAPITRE XVI.

Doit-on obéir à la Loi positive, quand elle est contraire au Droit naturel?

Pour répondre à cette question délicate, il faut distinguer deux cas que l'on voit confondre souvent, quoiqu'ils soient très-différents au fond. Il peut arriver, en effet, ou que la loi soit simplement étrangère au droit naturel, ou qu'elle lui soit directement contraire. Chaque hypothèse à ses difficultés.

§ I.

La Loi est étrangère au Droit naturel.

Souvent les besoins de la société et des considérations politiques déterminent le législateur a défendre ou à ordonner une action indifférente en droit naturel ; souvent même il restreindra, dans un but d'intérêt général, l'exercice de certains droits légitimes. Ainsi, d'après la loi de la nature, tous les hommes ont le droit de chasser et de pêcher, et ce droit leur appartient surtout d'une manière incontestable sur leurs propriétés. Cependant la loi y met des entraves : elle défend la chasse en de certaines sai-

sons, elle la soumet à l'impôt du port-d'armes. De même pour la contrebande. Il est évident qu'en pur droit naturel, il n'est ni bien ni mal d'introduire des fers anglais en France; cependant la loi peut frapper les fers anglais de prohibition. Plus se développe la civilisation factice des grands peuples, plus ces dispositions, que j'appellerai extra-naturelles, se multiplient; mais le législateur a le droit de les prendre, et il ne vient à la pensée de personne qu'il soit défendu de lui obéir.

Seulement ce qui peut faire l'objet d'un doute sérieux, c'est de savoir si l'on est obligé en conscience de se conformer à ces dispositions de droit purement positif?

D'un côté, pour soutenir que la prescription de la loi crée une obligation morale, on peut dire qu'il implique contradiction de reconnaître au législateur le droit d'ordonner telle ou telle mesure (droit que personne ne lui conteste), et de reconnaître en même temps aux sujets la faculté de ne pas lui obéir: car le corrélatif d'un ordre compétemment donné est l'obligation de l'obéissance. Il est d'ailleurs d'un bon citoyen de respecter les lois de son pays, de peur que, tous venant à les violer, l'anarchie ne s'introduise dans l'état. Enfin, l'on ajoute que des intérêts ont pu s'établir sur la foi des lois existantes, que, par exemple, des manufactures se sont élevées à l'abri des statuts prohibitifs de la douane, et que le fait d'introduire des marchandises prohibées n'est

pas moins criminel que de prendre de l'argent dans la poche de ceux qui ont fondé ces manufactures.

A cela d'autres répondent qu'il ne peut pas dépendre d'un plus ou moins grand nombre d'hommes votant des lois, de faire qu'une action juste devienne injuste; que tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de la défendre sous une certaine peine, et qu'alors ce sera à chaque citoyen à juger dans sa prudence s'il veut risquer de la commettre, sauf à payer l'amende convenue; qu'il ne donne point alors de mauvais exemple, puisqu'il exécute la loi comme le législateur a entendu qu'elle le serait, et qu'il ne cause pas non plus de préjudice à ceux qui ont fondé un commerce sous la protection de cette loi, puisque ceux-ci savaient parfaitement que la contrebande s'organiserait en dépit de toutes les prohibitions.

Enfin l'on en appelle à la conscience de tous les hommes, et l'on demande si les moralistes les plus scrupuleux croiraient commettre une indélicatesse en portant une culotte d'étoffe anglaise : tant il est vrai, dit-on, que l'observation d'une loi purement positive n'est qu'une affaire de prudence et nullement une obligation morale!

Quoi qu'il en soit, et précisément parce qu'il y a doute, on fera bien, dans les cas pareils, d'en croire la maxime de Cicéron : *Benè monent qui vetant quidquam facere, de quo dubitas, an æquum sit vel iniquum.*

§ II.

La Loi est contraire au Droit naturel.

C'est marcher sur un terrain glissant, que de discuter si la loi doit être obéie quand la conscience la désapprouve. Entre le double écueil de conseiller la violation de la justice ou la désobéissance au législateur, on peut hésiter à bon droit. Hobbes enseigne que tout est juste quand la loi l'ordonne; et les derniers de ses élèves, les utilitaires, ne paraissent pas admettre que la conscience de chaque individu puisse s'ériger en juge des lois établies : « N'est-ce pas mettre les armes à la main de tous les fanatiques, contre tous les gouvernements, s'écrient-ils? Dans l'immense variété des idées sur la loi naturelle et la loi divine, chacun ne trouvera-t-il pas quelque raison pour résister à toutes les lois humaines? Y a-t-il un seul état qui puisse se maintenir un jour si chacun se croyait en conscience tenu de résister aux lois, à moins qu'elles ne fussent conformes à ses idées particulières sur la loi naturelle et sur la loi révélée? Quel horrible coupe-gorge entre tous les interprètes du Code de la nature et toutes les sectes religieuses [1]! »

Certainement il y a quelque chose de juste dans ces réflexions. Aussi n'est-ce qu'avec la plus grande

[1] Bentham, *Traité de Législation*, tom. I, p. 149.

circonspection qu'on doit se permettre de désobéir à la loi, et il faut être trois fois sûr pour cela que cette loi soit immorale. L'on devra même se défier d'autant plus de ses lumières sur ce point, qu'on aurait un intérêt personnel à la désobéissance. Mais enfin, si la conscience se prononce d'une manière claire et impérative, il ne faut point balancer entre les ordres de ce juge suprême et ceux du législateur humain.

On a vu des lois ordonner sous peine de mort de livrer au glaive de la justice de malheureux proscrits. Qui donc oserait soutenir qu'il était bien d'obéir à une loi pareille, que cela était même excusable ?

C'est beaucoup exagérer que de dire avec Bentham qu'il n'y a pas d'état qui pût se soutenir deux jours en présence de ce principe : car s'il y a une multitude de lois dont on puisse contester l'opportunité, il ne s'en trouvera heureusement que de loin en loin qui violent ouvertement la morale. Quand on pense, en outre, que le législateur, qui dispose de la force publique, la fait répondre de l'exécution de ses ordres, on se rassurera sur le danger prétendu de voir les citoyens abuser du droit que je leur accorde de suivre, sous leur responsabilité, les inspirations de leur conscience.

Au surplus, s'il y a quelque doute possible dans le cas que l'on vient d'examiner, il n'y en a aucun lorsque la loi me permet simplement une chose que ma raison me présente comme injuste. Alors, étant libre

d'user du bénéfice de la loi ou de m'abstenir, c'est ce dernier parti que je dois suivre. Je n'invoquerai point la prescription, si je dois réellement, pour me dispenser de payer ma dette; je ne profiterai pas d'une loi qui tolère l'esclavage, pour me faire servir par des esclaves. Mais comme rien ne me constitue juge de la conscience des autres, je ne m'opposerai pas à l'exécution de la loi en ce qui les concerne. Favoriser la fuite des esclaves qui appartiennent à un autre, ce serait d'abord lui causer un préjudice dans sa fortune; ce serait, en outre, risquer de provoquer des rixes, des séditions entre les citoyens. Tout ce qui me sera donc permis, sera d'employer une influence légitime pour faire changer, par les moyens constitutionnels, un état de choses qui me paraît mauvais.

Ceci me conduit à examiner une question particulière qui fera le sujet d'un autre chapitre.

CHAPITRE XVII.

Que doit faire le Magistrat chargé d'appliquer une Loi injuste?

Il ne se passe presque pas de jour qu'on n'entende dire à ceux qui rendent la justice : Nous avons prononcé aujourd'hui un jugement bien inique. Cet

homme était évidemment un fripon ; mais la loi était en sa faveur, etc., etc. Et ceux qui tiennent ce langage ne supposent pas même qu'on puisse un moment incriminer leur conscience, parce qu'ils n'ont fait qu'appliquer la loi. Mais si cette loi est injuste, devez-vous lui prêter votre ministère? Et si le législateur a préparé la pierre qui doit frapper l'innocent, est-ce à vous à la saisir et à lui écraser la tête?

Il y a ici des idées confuses qu'il faut s'attacher à éclaircir.

D'abord, il est certain que la loi, même la plus juste et la plus rationnelle, ne peut pas éviter de produire, dans certains cas donnés, des injustices particulières. Il n'y a que la morale, envisagée philosophiquement, qui puisse être assez universelle et en même temps assez élastique pour se prêter à toutes les hypothèses, et les résoudre toujours selon l'équité. Dès qu'on décrète une loi écrite, ce résultat n'est plus à espérer [1]. Tant pis pour celui qu'une loi juste peut heurter dans ses intérêts! Il n'y a pas de juge qui pût garder un jour son emploi, s'il était obligé de descendre de la chaise curule toutes les fois qu'il se sent forcé de donner raison à la mauvaise foi ou à l'esprit de chicane.

D'ailleurs, le plus souvent l'honnête homme condamné par la loi ne perd son procès que par quelque imprudence à lui imputable. Dans l'intérêt de

[1] *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia.* (Cicéron, *de Offic.*, lib. 3, c. 17.)

tous, l'exercice des droits les plus légitimes a dû être soumis à certaines conditions, à certaines formes. Ainsi, par exemple, dans l'état de nos mœurs, on a statué que, dans les contestations qui dépasseraient cent cinquante francs, la preuve testimoniale ne serait point admissible. Il peut se faire, je le sais, qu'un dépositaire infidèle se retranche derrière ce principe pour tromper la foi promise. Le juge, convaincu au fond que le dépôt a été reçu, ne pourra point en ordonner la restitution; mais la faute en est au déposant, qui devait exiger une reconnaissance écrite; du moins, en ne le faisant pas, il s'est exposé volontairement au risque d'être trompé.

La même chose se voit journellement pour les formes de procédure. On a, pour prévenir des contestations sans nombre, réglé les conditions essentielles des exploits, en sorte que l'omission de l'immatricule d'un huissier peut me faire perdre la succession paternelle. Le plus ou le moins de copies d'un dossier décide du juste et de l'injuste, et cela dépend aussi quelquefois de la couleur de la robe que les juges auront mise [1].

Mais, du plus au moins, c'est l'écueil inévitable de toute justice humaine; et les plaideurs ne sont point sans reproche de n'avoir pas observé les règles que le législateur leur prescrivait.

[1] La cour de cassation a cassé quelquefois des arrêts parce qu'ils avaient été rendus en audience solennelle et en robes rouges, tandis qu'ils auraient dû l'être en audience ordinaire et en robes noires.

Quelquefois la position du magistrat sera plus difficile, parce que l'intérêt deviendra plus solennel. Une loi de notre ancienne monarchie prononçait la peine de mort contre toute fille dont l'enfant n'était pas représenté, lorsque la déclaration de la grossesse n'avait point été faite au bailli. Certainement cette loi était cruelle, surtout lorsque la mort avait été le résultat d'un cas fortuit, et bien des juges ont dû pleurer en prononçant la sentence fatale. Mais enfin, étaient-ils de malhonnêtes gens de servir d'instrument à une loi rigoureuse? Je ne le pense pas : car la victime, tout à plaindre qu'elle fût, était en faute; elle s'était exposée, en désobéissant à la loi, aux conséquences de son action.

Il en était de ce cas comme du crime de fausse monnaie, que nos Codes punissaient de mort, il n'y a encore que quelques années; peine infiniment trop grave, puisque après tout, faire de la fausse monnaie n'est autre chose que de commettre un vol. On trouverait encore aujourd'hui des magistrats qui ont concouru à rendre des arrêts de mort contre des faux-monnayeurs; personne ne pense à les accuser de n'avoir pas donné leur démission, quoiqu'ils aient prononcé une peine décrétée injustement par la loi [1].

[1] Les Pères de l'Eglise sont de cette opinion. S. Augustin disait que les juges sont institués non pour juger les lois, mais pour juger d'après les lois (*non de legibus judicare, sed secundum ipsas*. De ver. Relig., c. 3). S. Thomas se demande ce que doit faire le juge convaincu de l'innocence d'un accusé que de faux témoins incriminent, si la loi lui ordonne impérativement de le condamner. Il conclut en ces termes : « *Non peccat, secundum*

Où commence donc alors pour le juge l'obligation de s'abstenir en présence d'une loi immorale? C'est lorsque cette loi est organisée en proscription, en ne laissant à l'innocent aucun moyen d'éviter la peine portée contre lui.

Les lois révolutionnaires, qui punissaient de mort le crime de la naissance, et qui refusaient un défenseur aux accusés, présentaient ce caractère. Le devoir du magistrat était, même au prix de sa sûreté personnelle, de déposer ses insignes et de rentrer dans la vie privée.

Il ne manquait cependant point alors de sophismes par lesquels ceux qui avaient des places cherchaient à se persuader qu'ils pouvaient les conserver. Ecoutons à ce sujet les paroles éloquentes d'un écrivain contemporain :

« Pendant les époques les plus funestes de la terreur, beaucoup d'honnêtes gens ont accepté des emplois dans l'administration et même dans les tribunaux criminels, soit pour y faire du bien, soit pour diminuer le mal qui s'y commettait; et tous s'appuyaient sur un raisonnement assez généralement reçu : c'est qu'ils empêchaient un scélérat d'occuper la place qu'ils remplissaient, et rendaient ainsi service aux opprimés. Se permettre de mauvais moyens pour un but que l'on croit bon, c'est une maxime singulièrement vicieuse dans son principe. Les hom-

allegata sententiam ferens, quia ipse non occidit innocentem, sed illi qui eum asserunt nocentem. » (SUMM. THEOL., *secunda secundæ*, quæst. 64, art. 6.)

mes ne savent rien de l'avenir, rien d'eux-mêmes pour demain ; dans chaque circonstance et dans tous les instants le devoir est impératif, les combinaisons de l'esprit sur les suites que l'on peut prévoir n'y doivent entrer pour rien.

» De quel droit des hommes qui étaient les instruments d'une autorité factieuse, conservaient-ils le titre d'honnêtes gens, parce qu'ils faisaient avec douceur une chose injuste? Il eût bien mieux valu qu'elle fût faite rudement : car il eût été plus difficile de la supporter ; et de tous les assemblages le plus corrupteur, c'est celui d'un décret sanguinaire et d'un exécuteur bénin.

» La bienfaisance que l'on peut exercer en détail ne compense pas le mal dont on est l'auteur en prêtant l'appui de son nom au parti que l'on sert. Il faut professer le culte de la vertu sur la terre, afin que non-seulement les hommes de notre temps, mais ceux des siècles futurs, en ressentent l'influence. L'ascendant d'un courageux exemple subsiste encore mille ans après que les objets d'une charité passagère n'existent plus. La leçon qu'il importe le plus de donner aux hommes dans ce monde, et surtout dans la carrière publique, c'est de ne transiger avec aucune considération quand il s'agit du devoir.

» Dès qu'on se met à négocier avec les circonstances, tout est perdu : car il n'est personne qui n'ait des circonstances. Les uns ont une femme, des enfants ou des neveux pour lesquels il faut de la fortune; d'autres un besoin d'activité, d'occupation,

que sais-je, une quantité de vertus qui, toutes, conduisent à la nécessité d'avoir une place à laquelle soient attachés de l'argent et du pouvoir. N'est-on pas las de ces subterfuges dont la révolution n'a cessé d'offrir l'exemple? L'on ne rencontrait que des gens qui se plaignaient d'avoir été forcés de quitter le repos qu'ils préféraient à tout, la vie domestique dans laquelle ils étaient impatients de rentrer; et l'on apprenait que ces gens-là avaient employé les jours et les nuits à supplier qu'on les contraignît de se dévouer à la chose publique, qui se passait parfaitement d'eux[1]. »

CHAPITRE XVIII.

S'il y a en politique d'autres Principes d'Honnêteté que dans les Relations privées.

Beaucoup de personnes, incapables de transgresser l'honnêteté dans la vie privée, semblent persuadées qu'il est impossible d'y adhérer strictement en politique. Elles ont encore à la bouche la maxime de

[1] Ces pages si nobles de sentiment, si mâles de style et de pensée, sont empruntées à madame de Staël. (*Allemagne*, 3e partie, ch. 13.)

Al trar dell' elmo, tutti vider come
Avea lor dato ajuto una donzella.
(ARIOSTO.)

Côme de Médicis, *que les peuples ne se gouvernent point avec des patenôtres.*

C'est sans doute la pratique des siècles passés qui a déposé dans les esprits une conviction si déplorable. Ce n'est que depuis un petit nombre d'années qu'on a tenté d'apporter de la droiture dans les rapports diplomatiques. En attendant, l'opinion des masses s'est faussée, comme il arrive d'ordinaire, par le spectacle même qu'elles avaient sous les yeux.

On a blâmé Machiavel d'avoir enseigné des principes immoraux de gouvernement. Sans doute il se trouve dans son livre des principes très-blâmables [1]. Mais peut-être faudrait-il flétrir bien davantage ceux qui avaient inventé cette politique dont il ne faisait que traduire les maximes. Qu'on songe au milieu dans lequel il vivait, et l'on s'étonnera moins encore de l'immoralité du livre du Prince que de l'immoralité du siècle où un livre pareil pouvait être publié sans causer la moindre sensation de surprise, comme l'histoire toute simple de ce qui se pratiquait tous les jours.

[1] Témoin celui-ci : « *Non può pertanto un signore prudente, ne debbe osservare la fede, quando gli torni contro e che sono spente le cagioni che la fecero promettere. E se gli uomini fossero tutti buoni, questo precetto non saria buono ; ma perchè sono tristi e non l' osserverebbono a te, tu ancora non l' hai da osservare a loro.* » (Del Principe, c. 19). Et il ajoute que le prince doit étudier le caractère du lion et du renard, du lion qui ne sait pas se défendre des piéges, du renard qui ne sait pas résister aux loups : il doit donc se faire renard pour apprendre à connaître les piéges, et lion pour se défendre contre les loups.

Le caractère de l'homme d'état italien au XVI[e] siècle offre l'assemblage de tous les contrastes. Poli, éclairé, protecteur des arts, ami des lettres, souvent poète lui-même, il est en même temps cruel et sanguinaire, non point par l'entraînement de la passion, mais par le plus froid calcul. Son front est serein, sa parole caressante, au moment même où il va frapper son ennemi! Une dissimulation de dix années ne lui coûte rien. Toutes ses paroles sont calculées d'avance, lors même qu'il feint de s'abandonner aux épanchements de l'amitié. Courir la chance des armes pour abattre un rival lui paraît une imprudence inexcusable; il ne comprend pas comment on hésiterait à tromper par un faux serment celui qu'on n'hésiterait pas à sacrifier. Son respect pour la religion est sincère, sa foi n'est pas jouée; mais si ses plans d'ambition le réclament, il versera le sang de son frère jusque sur les marches de l'autel[1].

Telle est la peinture fidèle de ce qu'a été l'art du gouvernement pendant plusieurs siècles. Et qu'on ne croie pas que le parjure et l'assassinat étaient considérés comme des nécessités malheureuses dont on rougit tout en en profitant. Il n'était pas rare de voir

[1] Le 24 juin 1445, Francesco de' Ghisilieri, voulant se défaire de son ennemi Annibal Bentivoglio, chef de la république de Bologne, l'invite à tenir son enfant sur les fonts baptismaux, et le fait massacrer par les gens de son parti à la porte de l'église : *Abbi pazienza, compare; compare, abbi pazienza*, lui disait-il pendant qu'on le poignardait. (V. *Cronica di Bologna*, t. XVIII *Rer. ital.*, p. 676-678.)

les historiens eux-mêmes y applaudir, tant était générale alors l'opinion qu'en politique tout était permis [1].

Ce spectacle inspire un profond dégoût, et ce serait peut-être rendre un service à la cause de l'humanité que de graver de bonne heure dans l'esprit de ceux qui peuvent être appelés un jour à remplir des fonctions publiques, cette vérité fondamentale, qu'il n'y a pas deux morales, et qu'il n'est pas permis de faire dans l'intérêt de tous ce qui n'est pas possible dans l'intérêt de chacun.

On s'est élevé avec raison contre ces prétendues maximes d'héroïsme qu'on trouve à chaque pas dans les auteurs anciens, base de l'éducation classique. Il serait bon sans doute de faire comprendre à la jeunesse que la gloire ne consiste pas uniquement à fouler aux pieds tous les autres devoirs quand l'intérêt de l'état se fait entendre.

Salus populi suprema lex esto! Tel était le cri sauvage de ce préjugé dans les anciennes républiques. A sa voix, Brutus se couvrait du sang de ses fils, et il était proclamé grand citoyen. Admiration aussi fausse qu'elle était cruelle : car si nous devons beaucoup à la patrie, ne devons-nous rien au lien de la

[1] Voici comment Brantôme raconte l'empoisonnement du duc de Guyenne par Louis XI : « Entre plusieurs bons tours de dissimulation, feintes, finesses et galanteries que fit ce bon roi en son temps, ce fut celui, lorsque, par gentille industrie, il fit mourir son frère le duc de Guyenne, quand il y pensait le moins, et lui faisait le plus beau semblant de l'aimer, lui vivant, et le regretter après sa mort. » Qu'est-ce que tous les écarts de Machiavel auprès des plaisanteries de Brantôme!

famille, à la mère qui nous a nourris, et aux enfants que nous avons élevés? Et ne pouvons-nous laisser à d'autres le soin d'une justice barbare, sans faire parade d'une magnanimité que réprouvent tous les sentiments du cœur bumain!

A toutes les époques, la raison d'état servit de prétexte pour justifier les plus flagrantes violations de la loi morale. Mais il y a quelque chose de plus sacré que le pays lui-même; c'est l'honneur, la loyauté et la justice dont le dépôt doit être transmis intact aux générations futures : car une injustice ou une fourberie ne profite qu'aux hommes d'aujourd'hui, tandis qu'un exemple funeste ira, pendant des siècles peut-être, altérer dans les consciences les principes de la probité.

Une chose a contribué à émousser le sentiment de dégoût que doivent inspirer les crimes commis sous le prétexte du bien public : c'est qu'ils ne semblent pas l'œuvre de l'égoïsme, source de toutes les étroites spéculations. Encore si l'on était sûr que sous le manteau honorable du patriotisme ne viennent pas s'abriter les petits calculs de l'ambition personnelle! Mais le ministre qui gouverne, le factieux qui l'attaque, n'entendent-ils point par l'intérêt de l'état, l'un sa position à conserver, l'autre celle de son adversaire à conquérir?

Au surplus, il faut le dire à l'honneur du temps où nous vivons, des principes plus sains sont professés. Les nations seraient déshonorées aujourd'hui par ce qu'elles se permettaient autrefois sans scru-

pule. Helvétius se demandait pourquoi un vol est infamant pour un particulier, tandis qu'une conquête injuste n'est pas infamante pour un état.[1] C'est la question par la question. Si du temps d'Helvétius une conquête injuste n'était point blâmée, les idées se sont rectifiées depuis. Un peuple qui ferait métier de s'approprier par la force le bien de ses voisins, ne tarderait point à être mis par l'opinion publique au ban de la civilisation[2].

Les diplomates eux-mêmes ont pris l'honorable initiative de venger la science qu'ils professent, et de montrer qu'elle n'est point incompatible avec les principes de l'honnêteté; que l'on peut faire par les voies loyales tout ce qu'on peut faire par les voies obliques; que l'avantage est même du côté des premières, et que le peuple qui les emploie y gagne ce renom d'honneur et de droiture, gage le plus certain de la prépondérance politique[3].

Aussi doit-on l'avouer, c'est moins aujourd'hui à ceux qui gouvernent qu'on peut reprocher le machiavélisme, qu'à ceux qui attaquent les gouvernements. Une théorie nouvelle tend à s'établir, d'après la-

[1] *De l'Esprit*, disc. III, ch. 4.

[2] On a vu de nos jours un certain peuple faire la guerre à un autre peuple et lui brûler ses villes parce que celui-ci ne voulait pas fumer une drogue nuisible que le premier vendait. Mais tous les honnêtes gens ont condamné cette politique, même quand elle a obtenu le succès.

[3] V., dans le premier volume des *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques*, un écrit de M. Bignon *sur la Conciliation progressive de la Morale et de la Politique*.

quelle le pouvoir doit être infaillible et impeccable, pendant que tous les moyens seraient bons contre lui. La loi du devoir ne peut pas plus fléchir dans un sens que dans l'autre. On ne peut trop répéter à la jeunesse que cette loi est sacrée dans tous les cas, aussi bien dans les relations publiques que dans les relations privées, aussi bien pour ceux qui gouvernent que pour ceux qui sont gouvernés.

CHAPITRE XIX.

De la Doctrine de la Perfectibilité.

L'homme progresse-t-il? avance-t-il vers un but, ou reste-t-il stationnaire? Telle est la question que se sont posée les philosophes. Si nous envisageons l'homme dans sa nature physique, il ne paraît pas s'être perfectionné depuis les temps anciens. Sa stature est la même, ses sens n'ont pas acquis plus de finesse, et la durée de sa vie se serait plutôt raccourcie qu'alongée. Ce n'est donc pas sous ce rapport que l'humanité a marché.

Quant à l'empire que l'homme exerce sur la nature matérielle par l'industrie, le progrès n'est pas niable. Quel espace parcouru depuis le temps d'Archimède seulement! Que dirait ce célèbre mathématicien de la boussole, des télescopes, de la poudre à

canon, des mille prodiges de la mécanique, et des machines à vapeur, ces géants intelligents à qui vous présentez une poignée de chiffons et qui vous rendent un livre imprimé! On ne peut prévoir où s'arrêteront les conceptions hardies de l'homme. Mais ce n'est pas sous ce point de vue que nous l'envisageons ici.

La morale publique et les institutions se perfectionnent-elles en même temps que la civilisation se développe? Voilà le seul côté de la question qui doive nous occuper.

Pour y répondre, je distinguerai entre l'idée absolue de la morale et la pratique de l'humanité, entre la règle elle-même et l'observation de cette règle.

Quant à la règle morale, elle est absolue, invariable, éternelle. Nos actions sont bonnes en vertu de leur conformité à ce type qui était le même au commencement du monde qu'à présent. Le principe fondamental du bien et du mal ne peut pas plus se perfectionner que le principe fondamental de la géométrie. On ne doit pas croire ceux qui parlent des évolutions de l'humanité, comme s'il était dans son destin de changer de conscience tous les mille ans, et que la loi morale fût soumise elle-même à des phases de développement successif.

Mais si au contraire on considère la morale dans l'homme en général, si l'on examine sa manière de la comprendre, de la pratiquer, si l'on juge ses mœurs et les institutions qui les traduisent, on ne peut méconnaître un progrès sensible, dû à la dif-

fusion des lumières; et j'entends par-là, non point des études frivoles ou des connaissances transcendantes, qui ne seront jamais le partage de la foule, mais cette somme de saines idées pratiques que le christianisme a principalement contribué à répandre dans tous les rangs de la société.

Sous ce point de vue, il est incontestable que les mœurs se sont adoucies, que le respect des droits de tous est mieux établi, que la politique s'inspire d'idées plus droites, que la société est plus paisible, et qu'il y règne plus d'aisance et de bonheur.

D'éloquents sophistes n'ont pas voulu croire à ce progrès[1]; ils ont pris en haine ce qu'on appelle les lumières et la civilisation : vernis trompeur qui recouvrirait, à les en croire, les plaies les plus honteuses, la plus affreuse dégradation morale. Plus l'homme est près de l'état de barbarie, ont-ils dit, plus ses mœurs sont pures et plus sa nature est généreuse; la société l'abâtardit en le polissant. S'il devient incapable des grands crimes, il devient incapable des grandes vertus, et de plus il est rongé de mille vices qui ne laissent de place dans son ame que pour les passions basses et sordides.

Il ne faut pas se laisser décourager par ces paradoxes. Eh! sans doute, l'homme n'a pas cessé d'obéir aux passions, à l'égoïsme : car il n'a pas cessé

[1] V. ROUSSEAU, dans son *Discours sur l'Inégalité des Conditions.* — Buffon avait dit avant lui que « la vertu appartient à l'homme sauvage plus qu'à l'homme civilisé. » (HIST. NATUR., *Variétés dans l'Espèce humaine.*)

d'être homme. Mais le crime qui marchait autrefois la tête levée, en est réduit aujourd'hui aux petits calculs; il ne frappe plus à son but sans vergogne et brutalement. Il se cache, il feint les dehors de l'honnêteté. Pourquoi cela, sinon parce qu'il redoute le jugement de la conscience publique? L'hypocrisie, comme on l'a si bien dit, est un hommage que le vice rend à la vertu.

Beaucoup de forfaits commis autrefois impunément, beaucoup de lois insérées dans les Codes du passé, sont devenues impossibles. Ne nous faisons pas plus mauvais que nous ne sommes. Il est facile de vanter la vie patriarcale et les vertus de nos pères; mais quand on veut sortir des généralités, à quelle époque aurait-il fait meilleur vivre qu'à présent?

Ce n'était pas sans doute du temps des Grecs et des Romains, lorsque la moitié du genre humain était réduite en esclavage, et que l'autre moitié étalait une corruption de mœurs qu'on ne présentera pas, je pense, comme un modèle à suivre.

Etait-ce à l'époque de l'invasion des Barbares, quand les peuples surmarchaient les peuples au milieu de l'Europe baignée de sang? Etait-ce quand la jurisprudence de la guerre autorisait le vainqueur à faire mettre à mort tous les vaincus qui dépassaient la longueur de son épée[1]?

[1] C'était l'usage général. Aimoin raconte de Chlotaire II: « *Ut nullum in ea* (*Saxonia*) *hominem viventem relinqueret, qui longitudinem spathæ quam tunc forte gerebat, excessisset.* » (Lib. IV, 18). Dagobert suivit cet exemple : « *Cunctos ejusdem gentis mas-*

Préférerait-on les institutions de la féodalité, qui permettaient aux nobles de tuer un paysan, en mettant un écu sur son cadavre [1]? Le nom même de certains droits féodaux atteste ce qu'il faut penser de la moralité du moyen âge.

Quand on repasse tous ces faits, quand on pense à la peine de mort prononcée contre cent quinze délits, il y a moins d'un siècle, quand on se représente la torture, la roue, les bûchers, la main-morte, on est singulièrement refroidi sur les idylles, et si l'on est sincère, on est frappé du chemin que nous avons parcouru.

Il est bien vrai, peut-être même est-ce là ce qui a causé la méprise, que l'individu n'est pas meilleur aujourd'hui qu'autrefois; il n'est pas moins dominé par la cupidité; le sentiment religieux a sur lui beaucoup moins de prise; le respect qu'il avait pour l'autorité s'est affaibli, et avec tout cela, il se commet moins de crimes! C'est la meilleure preuve, suivant moi, que la raison publique a fait des progrès. Si elle n'en avait pas fait, la société ne serait plus tenable, les hommes ne croyant plus à ce qui les détourne du mal. Mais il faut distinguer avec soin la moralité de la raison. Une nation s'est éclairée, quand

culos qui gladii sui, quem tunc forte gerebat, mensuram excederent, necasse traditur. » (OTTO FRISING, V, 9.)

1 Les nobles de Danemark revendiquaient ce privilége. V., sur ce point comme sur bien d'autres abus de la féodalité, Melchior Gioja, *del Merito e delle Ricompense*, t. I, p. 146, 152, 222, etc. (Edit. de Lugano.)

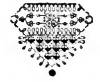
les actions y sont appréciées sous leur véritable jour, quand on y flétrit ce qui mérite d'être flétri, et quand on y honore ce qui demande à être honoré. Il se forme alors une puissance de l'opinion qui commande encore à ceux qui se sont affranchis de toute autre croyance.

Sous ce rapport, il serait insensé de nier les progrès de la raison générale. Un jour une erreur en est éliminée, un autre jour une idée nouvelle y pénètre. Cette idée nouvelle, traitée d'abord de paradoxe, rallie peu à peu les convictions. Bientôt on s'étonne qu'elle ait pu être méconnue; on l'inculque aux enfants dans leur berceau; le bon sens public a fait un pas.

Que tous les hommes ne s'acheminent pas du même pas vers leur perfectionnement; que de vastes continents soient encore dans la barbarie; qu'à de certaines époques la civilisation se soit entourée de nuages et que l'esprit humain ait paru reculer : cela est possible, mais ne doit pas décourager, s'il est vrai que l'humanité ait bientôt repris sa marche et se soit toujours retrouvée plus éclairée et plus heureuse.

Celui qui regarde en arrière, et qui voit tant de monstrueux sophismes, tant de cruelles superstitions, dont la conscience des hommes s'est débarrassée à chaque siècle, peut être fier de ces tristes dépouilles qui jonchent le sol du passé. Il puisera dans ce spectacle de la confiance dans l'avenir : car si l'idée absolue

du bien brille, comme l'étoile polaire, à des hauteurs inaccessibles pour les mortels, du moins ils s'en rapprochent tous les jours et ils en acquièrent tous les jours une vue plus claire.



LIVRE DEUXIÈME.

DU DROIT EN GÉNÉRAL,

ET DE

SA DISTINCTION D'AVEC LA MORALE.

SOMMAIRE DU LIVRE DEUXIÈME.

CHAPITRE PREMIER.

Distinction de la Morale et du Droit.

Dans le livre précédent, je me suis attaché à démontrer que les idées de l'homme sur le bien et sur le mal n'avaient rien d'arbitraire; qu'elles ne dérivaient ni de l'éducation, ni de l'égoïsme; mais que cette conviction si profonde en nous qu'il y a du bien et que nous sommes obligés de le pratiquer, était une conviction rationnelle, indépendante des considérations d'intérêt comme des influences de temps et de climats.

Ces idées préliminaires sont le fondement commun de la morale et du droit. Il est temps maintenant de tracer les limites respectives de ces deux sciences qui n'ont point le même champ d'action ni les mêmes principes, quoique soumises toutes les deux à la condition de ne rien ordonner de ce que désapprouve la conscience. La morale détermine ce qui est *bien;* le droit ne règle que ce qui est *juste.*

La différence entre ces deux idées est difficile à établir, mais elle est réelle et capitale en philosophie. Il y a des actions qui sont bonnes et qui ne sont pas justes; il y en a un plus grand nombre qui sont justes et qui ne sont pas bonnes. Tirer la ligne qui les sépare est un problème sur lequel se sont exercés les esprits les plus éminents, et pas toujours avec succès. Pour donner une idée de l'importance de ce problème, je me contenterai de remarquer que c'est de sa solution que dépend le point de savoir jusqu'où s'étend le pouvoir du législateur, qui n'a pas qualité pour ordonner tout ce qui est bien, mais seulement tout ce qui est conforme à la justice.

Tout le monde sent vaguement que les institutions d'un peuple ne sont point uniquement dictées par la morale, et qu'elles ne peuvent point l'être. Mais où prendre ce principe particulier qui restreint dans les lois l'empire de la conscience? d'où vient-il? peut-on le formuler? Beaucoup d'auteurs n'ont point voulu convenir que la différence existât entre la morale et le droit naturel. Ils ne l'ont avouée que pour le droit positif, sujet à des imperfections. Pour le

droit positif, en effet, la chose n'est pas niable. Mais il faut aller plus loin, et reconnaître que le droit naturel lui-même, c'est-à-dire le droit le plus parfait qu'il soit donné de concevoir, ne se confond point avec la morale, qu'il n'ordonne pas tout ce que la morale ordonne, et qu'il ne pourrait pas l'ordonner justement.

Avant de chercher à expliquer d'où dérive cette différence incontestable de la morale et du droit naturel, je crois nécessaire de jeter un coup d'œil sur la doctrine des diverses écoles qui se sont occupées de la philosophie du droit.

CHAPITRE II.

Ecole de Grotius.

Au moyen âge, la science du droit naturel était aux mains des théologiens, qui prétendaient en baser les fondements sur la volonté de Dieu et sur la soumission que lui doit la raison de l'homme. Comme Dieu veut tout ce qui est bien, ils ne pouvaient reconnaître aucune distinction entre le droit et la morale. Quant à la manière de constater la volonté divine, ils prétendaient y arriver par l'Ecriture et par les argumentations scolastiques. Cette méthode ne produisit que de lourds traités empreints de mysti-

cisme, et quelques essais dignes à peine d'être mentionnés[1].

Un homme vint, qui entreprit pour le droit naturel ce que Descartes avait accompli pour la philosophie en général. Hugo de Groot, plus connu sous le nom de Grotius, dégagea la science du juste et de l'injuste de l'appareil de la théologie. Il proclama que la raison ne relevait que d'elle-même, et qu'elle devait édifier son œuvre sur les bases de la seule logique.

Son traité du Droit de la Paix et de la Guerre est le premier livre où l'on ait tenté de poser rationnellement les principes de la justice universelle. Il eut un retentissement immense[2]; l'influence salutaire qu'il exerça sur le droit public de l'Europe, en substituant les règles de l'honnêteté à la force brutale qui seule y dominait depuis des siècles, doit faire considérer Grotius comme l'un des bienfaiteurs de l'humanité.

[1] Ces essais étaient sans aucune logique et sans aucune critique. J'en citerai un exemple tiré de l'*Isagoge* d'Oldendorp (*Col. Agripp.*, 1539): « *Quid est igitur jus gentium? Est multorum populorum auctoritas. — Quid jus civile? Est unius populi jussus. — Qui scies an utrumque recte sit receptum? Ex norma naturæ ceu fonte. — Ubi est illa norma? In conscientia et corde hominis a Deo insculpta. — Quid si multi dissentiant circa hanc normam, nec recte de ea judicent? Recurrendum est ad tabulas divinas, in quibus renovatum est jus vel lex naturæ, tam certo testimonio ut variari non possit.* »

[2] Grotius naquit en 1583, et mourut en 1645. Son livre *de Jure Pacis et Belli* fut publié à Paris en 1625. Ompteda (*Literatur des Vœlkerrechts*) en comptait 45 éditions jusqu'à l'année 1758, et son énumération n'était pas complète.

Pour ce philosophe, le principe du droit est dans la sociabilité de l'homme; est juste tout ce qui n'est pas contraire à la nature de la société, est injuste tout ce qui lui est contraire [1]. De là le nom de socialiste qu'on a donné à cette école, dans laquelle se rangent Pufendorff [2], Cocceji [3] et Burlamaqui [4].

Ce principe, sous beaucoup de rapports, était lumineux et fécond. Il est certain que la morale est une science plus individuelle, et le droit une science plus sociale. Il est certain que les institutions se mesurent sur les besoins de la société pour le salut de laquelle elles sont faites. Toutefois, énoncé seul, ce principe était insuffisant. Il conduisait à de faux résultats, parce qu'il ne tenait pas compte de la liberté et de l'individualité de l'homme. On voit avec peine Grotius croire à la légitimité de l'esclavage [5]. Et en effet, cette institution n'est pas essentiellement contraire à la nature de la société, comme le démontrent tant d'états florissants qu'a déshonorés cette plaie.

Enfin, sous un autre point de vue, le principe de l'école socialiste était vicieux, en ce qu'il ne fournis-

[1] *Est injustum quod naturæ societatis repugnat.* (Grotius, *de Jure Pacis et Belli*, lib. I, c. 1.)

[2] PUFENDORFF, *de Jure Naturæ et Gentium Libri* VIII (Lond. Scand., 1672). La meilleure traduction est celle de Barbeyrac, avec notes du même.

[3] SAM. DE COCCEJI, *Introductio ad Grotium illustratum*. (Halæ, 1749.)

[4] J.-J. BURLAMAQUI, *Principes de Droit naturel* (Genève, 1747). — En 1766, il fut publié de nouveau et annoté par de Félice.

[5] GROTIUS, *de Jure Pacis et Belli*, lib. II, c. 5.

sait aucun temps d'arrêt pour distinguer le domaine du droit de celui de la morale. Toutes les vertus sont sociales; et pourtant, le législateur a-t-il mission pour forcer les hommes à être vertueux? Lisez les ouvrages de Pufendorff en particulier : ce qui est de droit proprement dit s'y confond perpétuellement avec ce qui est d'honneur, de délicatesse. Le mensonge et le vol, la gourmandise et l'assassinat, obtiennent place également dans son livre, qui n'est pas moins un répertoire de casuistique qu'un traité de jurisprudence.

Et cependant la confusion du droit et de la morale, répréhensible en théorie, serait aussi en fait la plus large porte qu'on pût ouvrir à la tyrannie.

Burlamaqui, en parlant des actes ou résolutions internes qui ne se sont encore manifestés par aucun délit extérieur, prétend que ces actes sont criminels, sont contraires au droit; et que si la société ne les punit pas, c'est qu'il est bon quelquefois d'user de tolérance [1]. Donc, si la société voulait ne pas être tolérante, elle serait la maîtresse d'employer des voies de répression.

Denys-le-Tyran faisait mourir Marsias, parce que Marsias avait rêvé la nuit qu'il poignardait Denys-le-Tyran. On ne rêve la nuit, disait celui-ci, qu'aux choses auxquelles on a pensé pendant le jour. Il ne savait peut-être pas qu'il aurait un jour l'opinion d'un professeur de droit des gens en sa faveur [2].

[1] Burlamaqui, *Principes de Droit politique*, part. III, c. 4, n° 28.

[2] V. Romagnosi, *Genesi del Diritto penale*, n° 601.

Voilà le danger de confondre des choses aussi distinctes que le droit et la morale.

CHAPITRE III.

Ecole de Thomasius.

Thomasius suivit d'abord les traditions de l'école de Grotius; mais il ne tarda point à se frayer une route meilleure, en montrant que la morale et le droit naturel avaient un but différent; que la morale enseignait tout ce qui était bien en soi, mais que le droit ne comprenait que ce à quoi l'on peut contraindre[1].

Par-là il eut le mérite d'éliminer de la science ces questions casuistiques et parasites que ses devanciers y avaient jetées à profusion, pour la resserrer dans les limites du droit proprement dit, c'est-à-dire de l'obligation dans le for extérieur.

Mais quand il fallut en venir à l'application, Thomasius se trompa. Il fit consister le principe de la mo-

[1] Thomasius (né en 1655, mort en 1728) publia d'abord les *Institutiones Jurisprudentiæ divinæ* (Lips., 1698), dans lesquelles il ne s'était pas encore séparé de l'école socialiste. Mais en 1705 parut son nouvel ouvrage *Fundamenta Juris Naturæ et Gentium* (Halæ, 1705), dans lequel il se réfuta lui-même. Thomasius publia en outre un grand nombre de dissertations sur divers points de droit; il fit quelque temps école.

rale dans le précepte : *Fais à autrui ce que tu voudrais qui te fût fait ;* et le principe du droit dans cet autre : *Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qui te fût fait.* Ce n'était pas encore assez les séparer. Par-là, il semblerait que la morale ordonne toujours et que le droit se borne à défendre ; que le droit ne serait qu'une science négative, tandis que la morale serait une science positive. Il n'est pas vrai que ce soit toujours leur caractère de distinction.

De plus, le précepte : Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qui te fût fait, est un précepte trop étendu pour servir de base à la justice. Celui qui a commis un délit voudrait bien qu'on lui pardonnât ; et cependant le droit naturel, loin de lui ordonner le pardon des offenses dont il souffre, lui offre le moyen de les réprimer. De même encore, tout homme qui se trouve dans le besoin, voudrait que son créancier usât d'indulgence à son égard ; mais le droit naturel n'interdit pas pour cela au créancier d'exiger l'exécution de la promesse qui lui a été faite. Il y avait donc une contradiction dans le système de Thomasius ; son principe était trop étendu.

On peut compter, parmi ceux qui appartiennent à son école, Kœhler, Gundling et plusieurs autres [1]. Cette école eut le mérite de sentir quelle était la différence du droit naturel et de la morale ; mais ce qu'elle n'avait pas dit et ce qui causa l'incertitude de sa mé-

[1] Kœhler, *Juris naturalis ejusque imprimis cogentis Exercitationes* (Ienæ, 1728). — Gundling, *Jus Naturæ et Gentium* (Halæ, 1714).

thode, c'est la raison de cette différence. Le droit fixe la limite de la contrainte humaine. Mais pourquoi ne peut-il pas obliger à tout ce qui est moral? par quel principe arrivera-t-on à savoir jusqu'à quelles actions cette contrainte peut et doit s'étendre? Voilà le problème qui restait encore à résoudre.

CHAPITRE IV.

Ecole de Wolff.

L'école de Wolff, qui succéda à celle de Thomasius, et qui resta jusqu'à la fin du siècle dernier dominante dans les universités d'Allemagne, fit peut-être faire à la science un pas en arrière. Son procédé consistait à toujours prendre pour but le droit romain ou le droit germanique, en essayant de démontrer qu'on arrivait par le droit naturel à justifier toutes les institutions positives. Elle se perdit dans une multitude de détails que la loi écrite peut seule régler [1].

Quant au principe que Wolff prétendit établir pour en faire découler la connaissance du juste et de

[1] *Vid.* Wolff, *Institutiones Juris Naturæ et Gentium;* et son grand ouvrage en 8 volumes in-4° : *Jus Naturæ methodo scientifica pertractatum* (Lipsiæ, 1740-1748).

l'injuste, c'est celui du perfectionnement de l'homme. Tout ce qui tend à perfectionner la nature de l'homme est juste, tout ce qui a l'effet contraire est injuste [1]. Tel est l'axiome fondamental duquel Wolff déduisit tout son livre sous la forme peu attrayante de propositions mathématiques, forme transportée depuis par Heineccius dans l'enseignement du droit proprement dit.

Mais le principe du perfectionnement de l'homme est beaucoup moins clair que celui de la sociabilité; il n'est pas plus juste; il ne tranche pas davantage la ligne de démarcation entre la morale et le droit.

Toutes les vertus tendent au perfectionnement de notre nature; et pourtant elles ne sont pas de droit naturel; en d'autres termes, on ne peut pas contraindre un homme à être vertueux. De même, quoique tous les vices soient dégradants, il ne s'ensuit pas qu'ils tombent sous le coup de la contrainte extérieure.

Wolff et ses nombreux partisans n'étaient donc point encore parvenus à trouver le principe fondamental de la justice [2].

[1] *Lex naturæ nos obligat ad committendas actiones quæ ad perfectionem hominis atque status ejusdem tendunt, et ad eas omittendas quæ ad imperfectionem ipsius atque status ejusdem tendunt.... Atque hoc principium juris naturæ generale ac universale est, ex quo continuo ratiocinationis filo deducuntur omnia quæ juris naturæ sunt, prouti ex sequentibus abunde elucescet.* (Wolff, Institut. Jur. Nat., § 43.)

[2] Parmi les ouvrages de l'école de Wolff, il nous suffira de citer Heineccius, *Elementa Juris Naturæ et Gentium*; Nettel-

CHAPITRE V.

Ecole utilitaire.

Le principe que nous cherchons serait-il celui de l'utilité? Ce principe, que nous avons trouvé vicieux comme base de la morale, serait-il le vrai principe du droit? Il est incontestable que la doctrine utilitaire s'approche infiniment plus de la vérité sur le terrain du droit proprement dit que sur celui de la morale. Peut-être même y arriverait-elle, s'il était entendu que l'utilité à considérer quand on fait des lois, est l'utilité des hommes en général, et non celle d'une nation, ou de la majorité d'une nation. Mais nous avons montré plus haut que la philosophie de l'égoïsme ne pouvait pas s'élever par ses principes à envisager l'utilité d'une manière aussi large et aussi désintéressée. D'ailleurs, quand même par cette philosophie l'on arriverait au même résultat que par celle que nous exposerons tout-à-l'heure, il ne serait pas encore indifférent de choisir l'une des voies plutôt que l'autre, parce qu'elle exposerait à moins d'erreurs.

BLADT, *Systema elementaris Jurisprudentiæ naturalis;* MEISTER, *Lehrbuch des Naturrechts;* DE RAYNEVAL, *Institutions du Droit de la Nature et des Gens*, etc., etc.

Ceux qui regardent le droit comme fondé sur l'utilité générale, ont été conduits à exagérer le pouvoir de la loi, à sacrifier souvent les droits des individus et à justifier beaucoup d'injustices [1].

Enfin, et c'est là son vice le plus grand, cette doctrine peut tout au plus parvenir à tracer des institutions, et à les environner de sanctions pénales pour effrayer ceux qui s'écarteraient de la règle; mais elle sera toujours impuissante à graver dans la conscience des hommes le sentiment de la justice.

Cependant on ne peut se dissimuler qu'il serait insensé de vouloir éliminer la notion d'utile de la science du droit. Cette notion, au contraire, s'y représente sans cesse. La raison en est que, si ce n'est pas l'utilité qui constitue la justice, s'il y a quelque principe antérieur auquel il faut se reporter, si la société n'a pas le droit d'ordonner tout ce qui lui serait avantageux, du moins elle n'ordonne que ce qui lui est avantageux. Il serait absurde qu'un peuple établît des lois qui lui seraient funestes. L'utilité est donc une condition qui doit se trouver dans toutes les institutions, sans qu'il en résulte pourtant que tout ce qui serait utile soit juste.

[1] Témoin la *presse*, cette institution qui permet, en Angleterre, d'embarquer de force les premiers venus sur les vaisseaux de l'état pour les faire servir en temps de guerre. Le bon Blackstone, après être convenu que la loi écrite n'est pas fort explicite à ce sujet, avoue que c'est un usage *qui ne se justifie que par la nécessité publique, devant laquelle se taisent toutes les considérations particulières.* (Commentaries, book 1, ch. 13.)

CHAPITRE VI.

Ecole de Kant[1].

Kant, qui fut le fondateur des nouvelles philosophies, soumit aussi l'idée du droit à ses profondes analyses. Je dois dire un mot de sa doctrine, qui fit beaucoup pour atteindre la vérité, quoique peut-être elle ne l'ait point encore saisie tout entière.

Dans sa *Critique de la Raison pure*, Kant avait montré l'insuffisance de ce que nous appelons la raison, en faisant voir que, sur certaines questions ca-

[1] Kant a jeté quelques idées lumineuses sur les grands principes du droit naturel dans sa *Métaphysique des Mœurs* (Metaphysik der Sitten). Mais il n'a jamais écrit de traité complet sur cette science. Néanmoins, l'élan qu'il avait imprimé s'est propagé dans une multitude d'ouvrages où respire sa doctrine plus ou moins modifiée. Je me contenterai de citer les suivants :

Schmalz, *Recht der Natur*. Kœnigsberg, 1795.

Abicht, *Neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts*. Bayreuth, 1792.

Fichte, *Grundlage des Naturrechts*. Iena und Leipzig, 1796.

Krause, *Grundlage des Naturrechts*. Iena, 1803.

Zachariæ, *Philos. Rechtslehre, oder Naturrecht und Staatslehre*. Breslau, 1819.

Gros, *Lehrbuch des Naturrechts*. Stuttgart, 1829.

Krug, *Dikæologie*. 1817.

Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts*. 1829.

Ahrens, *Cours de Droit naturel*. Paris, 1838. (Cet auteur s'est principalement attaché à reproduire les idées de Krause.)

pitales, telles que l'existence de Dieu et l'immortalité de l'ame, elle affirmait le pour et le contre, en laissant l'homme dans l'incertitude. Comme un miroir qui ne réfléchit que les objets du dehors, mais qui les réfléchit avec une certaine couleur ou dans une certaine direction dépendante de sa constitution intime, la raison a aussi ses formes qu'elle imprime aux idées, et en dehors desquelles elle ne les saisit plus.

Nous n'avons alors de guide que dans la conscience. Elle nous révèle des vérités primitives auxquelles elle nous commande de croire avec une autorité indépendante de la logique. Nous savons certaines choses parce que nous les savons; nous y croyons parce que nous y croyons. La raison se laisse imposer ces principes par une voix intérieure supérieure à elle; puis elle les applique aux faits, elle en déduit les conséquences.

Parmi ces vérités primordiales intuitives, est le dogme de la liberté de l'homme. L'homme tire ses sensations du dehors; sa science lui vient par l'expérience ou par les livres. Mais quant à sa volonté, elle ne lui vient pas du dehors. Il la fait lui-même. Il est une volonté libre.

Il en est de même du principe qui lui défend de faire le mal et qui lui ordonne de pratiquer le bien. Ce n'est point en voyant des objets ronds ou carrés, grands ou petits, qu'il apprend à trembler devant sa conscience. Cette conviction, qu'il y a du bien et qu'il

doit le pratiquer, il l'apporte en naissant, gravée au plus profond de son être.

Ce sont ces deux principes qui, en se coordonnant, produisent le droit.

L'homme sait qu'il est libre; c'est ce qui constitue sa personnalité. Mais en même temps il sait que les autres le sont aussi, et au même titre. La liberté, comme on l'a dit éloquemment, est égale à elle-même.

Sa conscience lui ordonne de respecter la personnalité d'autrui comme il veut que la sienne soit respectée : de là le droit.

S'il n'y avait qu'un homme sur la terre, il n'y aurait pas de droit, il n'y aurait que de la morale. Mais quand deux hommes se rencontrent, le droit naît du contact de leur sphère d'activité.

Chaque homme est un tout, un but pour lui-même, et non pas un moyen pour réaliser quelque fin providentielle mystérieuse, comme l'ont voulu des philosophies plus modernes. Notre conscience dément ces conjectures hasardées; elle nous révèle notre dignité, notre indépendance, notre égalité, et c'est dans le sentiment de ces trois faits synonymes que le droit prend naissance.

C'est par-là aussi qu'il se distingue de la morale.

L'homme est un être libre. Sa conscience lui montre ce qui est bien; mais s'il est bon qu'il accomplisse le bien par son libre arbitre, les hommes ses égaux n'ont pas qualité pour l'y contraindre. Si vous me forcez à être bienfaisant, mon action ne sera plus mé-

ritoire, puisqu'elle sera forcée, et de plus vous aurez commis un abus de puissance à mon égard.

Mais cette liberté, cette liberté sacrée, ce principe inviolable qui fait tout l'homme, où puiser un autre principe pour la limiter? La liberté ne peut se limiter que par elle-même. La borne de la liberté d'un homme est dans la liberté d'un autre homme.

En d'autres termes, les hommes n'ont qualité pour contraindre ma liberté qu'au point où j'en ferais un usage attentatoire à la leur : ici germe l'idée du droit. Tous les membres de la société sont égaux, aucun ne doit nuire aux autres : car l'existence, la liberté de tous est à ce prix. Chacun peut donc réprimer les attentats dont il serait l'objet, ou exiger qu'on les réprime. Mais qui est-ce qui pourrait se lever, et dire à ses égaux : Je vais vous contraindre à être bons, à honorer la Divinité, à être charitables et vertueux? Mortel présomptueux, lui répondrait-on, veille sur ta propre conscience. La vertu des autres n'est pas sous ta sauvegarde ici-bas.

Les vices, les opinions religieuses, ne sont donc pas dans le droit, quoique souvent la morale puisse les improuver vivement. J'en dis autant des projets les plus criminels, tant qu'ils ne se sont manifestés par aucun acte nuisible aux autres hommes. Ces choses sont mauvaises ; elles ne sont point injustes. Elles ne tombent pas sous la répression sociale.

Bentham a dit quelque part qu'il y avait deux manières de consulter le bien des autres : l'une négative, en s'abstenant de le diminuer ; l'autre positive, en

travaillant à l'augmenter. La première constitue la probité ; la seconde constitue la bienfaisance [1]. Or, la probité est tout ce que le droit naturel enseigne aux hommes, pourvu qu'on n'entende point par-là une probité fallacieuse, qui consiste à se maintenir irréprochable aux yeux de la loi positive, tout en étant fort peu scrupuleux au fond; mais une probité sévère, professant invariablement le précepte de rendre à chacun ce qui lui est dû.

On ne pouvait ériger en préceptes obligatoires toutes les pratiques auxquelles il est désirable que l'homme se livre. Il convenait de lui laisser, en dehors des lois, un champ d'action où pût se développer sa nature plus ou moins généreuse. Le droit, même le droit naturel, n'oblige pas le créancier opulent à faire une remise à son débiteur dans la misère : car il satisfait au droit en respectant la propriété des autres. La sienne lui appartient, et il en dispose comme il veut. Quant à la morale, elle demande quelque chose de plus; elle lui ordonne de venir au secours de ses semblables.

Le droit trace donc à l'homme la ligne de l'obligation; la morale fait briller à ses yeux un but plus élevé et plus noble, celui de la vertu.

Ce que conseille la morale, c'est ce qui est *bien;* ce qu'ordonne le droit naturel, c'est ce qui est *juste*. Or, ces deux idées, quoique partant du même centre, n'ont pas la même circonférence : car, pour savoir si

[1] BENTHAM, *Traité de Législation*, t. I, p. 109.

une maxime est morale, je dois me demander si je voudrais qu'elle fût érigée en règle générale par tous les hommes; mais pour savoir si elle est juste, j'examinerai si elle ne contraint la liberté de chacun qu'autant que cela est nécessaire dans l'intérêt de la liberté de tous[1].

Le droit et la morale suivent donc une direction parallèle, guidés par le même mobile, l'intérêt commun de l'humanité; mais le droit, qui use de contrainte, s'arrête, par respect pour la liberté de l'homme, bien en deçà de la morale, qui se contente de conseiller et de persuader.

En définitive, on doit distinguer le droit de la morale sous les quatre rapports principaux qui suivent:

1° La morale règle la liberté intérieure de l'homme sous la simple sanction de sa conscience; le droit ne règle que la liberté extérieure.

2° La morale peut approuver ou improuver les faits de conscience, tels que les opinions ou les résolutions; le droit n'a jamais de prise que sur les actes extérieurs qui peuvent nuire à autrui.

3° Il n'y a de droit qu'entre les êtres de même espèce, c'est-à-dire entre les hommes. Dieu n'a pas de droit contre nous, pas plus que nous n'en avons contre lui. Les offenses qui ne seraient dirigées que

[1] Voici la formule de Kant: « Est juste toute action qui n'est point, ou dont la maxime n'est point un obstacle à l'accord de la liberté de l'arbitre de tous avec la liberté de chacun, suivant une loi générale. » (*Métaphysique des Mœurs*, trad. Tissot, p.35.)

contre la Divinité ne sont donc que du ressort de la morale.

4° Même dans les rapports des hommes entre eux, la morale commande tout ce qui est bien; mais le droit, qui procède par la contrainte, n'attente au libre arbitre de chacun que pour l'empêcher de nuire au libre arbitre de tous[1].

CHAPITRE VII.

Insuffisance du Principe de Kant.

Le principe formulé par Kant fait consister la justice à ne contraindre la liberté de chacun qu'autant que cela est nécessaire dans l'intérêt de la liberté de tous. Mais ce principe, purement négatif et restrictif, ne peut pas nous donner le dernier mot du droit.

Il en résulterait, en effet, que le droit n'a de puissance que pour défendre, mais non pour ordonner; qu'il peut empêcher l'homme de nuire à ses semblables, mais qu'il n'a pas de mission pour réaliser

[1] Quelques auteurs, même de nos jours, ne font pas cette distinction du droit et de la morale. De ce nombre est M. Jouffroy, qui a confondu perpétuellement les deux choses dans son *Cours de Droit naturel*. C'est aussi le reproche qu'on peut faire à la philosophie de Hegel et à celle de M. de Schelling, dont je ne dirai rien ici, en me bornant à renvoyer à ma préface.

le bien. Est-il possible de réduire ainsi les lois au rôle d'une barrière établie entre les hommes pour les empêcher de s'entre-détruire? N'auront-elles jamais l'initiative d'exiger de l'individu un sacrifice dans l'intérêt de la société? Mais jusqu'où ce sacrifice ira-t-il pour n'être pas oppressif? Et si ce droit existe pour le législateur, n'est-ce point admettre le principe des philosophes utilitaires, que tout est permis dans l'intérêt de la majorité? Telle est la question qui renferme le problème de la justice. Celui qui la résoudrait aurait tracé la véritable circonscription du droit.

Quoi qu'il en soit, une distinction paraît nécessaire. Dans l'état de nature, c'est-à-dire entre personnes non soumises au même pouvoir social, et par conséquent aussi dans les relations internationales des peuples, la justice se conclut dans les limites que Kant lui a tracées. Le droit est purement négatif. Il défend à l'individu de faire le mal; il n'exige pas davantage de lui; il ne va pas jusqu'à le contraindre dans la vue d'un bien à réaliser pour les autres.

Mais, il faut bien le dire, ce n'est pas pour l'état de nature que les lois sont faites. Nous n'avons à nous occuper que de la législation; et quand on parle de législation, l'on suppose nécessairement l'état de société. Or, dans l'état de société, il est incontestable que l'idée de droit contient quelque chose de plus.

Pour savoir en quoi consiste ce quelque chose, il est indispensable de se demander ce que c'est que la société, et en vertu de quel principe elle existe.



Quelques philosophes, pénétrés du dogme de la liberté de l'homme, ont cru ne pouvoir expliquer comment cette liberté se trouvait contrainte, qu'en supposant un contrat social par lequel tous les hommes se seraient volontairement unis, en renonçant à leur liberté originaire et en la déposant entre les mains d'un souverain qui dût en user pour le plus grand avantage du corps de la nation. De cette manière, la difficulté serait facilement résolue. Malheureusement, personne ne croit plus à cette fiction du contrat social, dont je démontrerai plus bas l'impossibilité.

D'autres ont voulu voir dans la société quelque chose de divin, de fatal, de nécessaire à la nature humaine. Ils ont comparé la sociabilité de l'homme à celle des abeilles et des fourmis; ou bien encore ils ont dit que la société existait pour elle-même, et non pour les individus; qu'elle était la source de tout droit; que Dieu créait les feuilles pour l'arbre, et non pas l'arbre pour les feuilles; que l'on pouvait donc peser sur l'individu pour le bien-être de la masse, comme on retranche un rameau pour donner plus de vigueur à la plante. Ce n'était rien autre chose que de nier la personnalité de l'homme, son individualité, sa liberté.

Il y a long-temps qu'Aristote a surnommé l'homme un *animal politique;* et il a eu raison en ce sens, que l'homme est merveilleusement doué pas sa nature pour s'associer avec ses semblables. Etre intelligent, mais être faible, il sent qu'il a besoin d'eux comme ils ont besoin de lui, et que de cet échange mutuel de services il ressortira pour tous un plus grand déve-

loppement de moralité et de bien-être. Mais prenons garde de confondre ce penchant raisonné de l'homme pour la société avec une loi de son organisme. La société n'est pour l'homme qu'un état de choix, et un état volontaire. En cela il diffère des fourmis, en cela il diffère des feuilles d'un arbre. Nous sentons qu'il nous serait parfaitement loisible de nous isoler de nos semblables. Les solitaires de la Thébaïde n'étaient pas des hommes dépravés; ils ne faisaient pas d'injustice au monde qu'ils délaissaient, ils ne s'en faisaient point à eux-mêmes. Ils usaient de leur liberté en quittant la société; celui qui les eût contraints d'y rentrer eût violé la justice à leur égard.

Toute justice ne sort donc point de la société, comme on l'a prétendu; le droit naturel en est indépendant.

Mais si quelques individus peuvent se séparer de leurs semblables, ce fait ne sera jamais qu'une exception très-rare. Interrogeons ce qui se passe autour de nous, et nous verrons l'homme naître ici ou là sans qu'il ait été consulté. C'est pendant son enfance, alors qu'il ne connaît pas même les institutions qui le régissent, qu'il s'attache au sol par sa langue, par sa famille, par mille liens qu'il lui sera bien difficile de rompre plus tard. Tous ces liens incompris constituent la patrie. Quand le temps et l'habitude lui ont fait cette patrie, l'homme commence à réfléchir. Est-ce par son consentement que les lois de son pays existent? Y a-t-il là un contrat social? Ce contrat, dans

tous les cas, serait fort différent de ce que nous entendons ordinairement par ce mot.

Il n'y a qu'un fait vrai dans tout ceci. L'homme, en demeurant dans la société, sait confusément qu'elle présuppose des lois, quoiqu'il ne sache pas le plus souvent en quoi ces lois consistent. Il sait aussi que la société est un grand bien, qu'elle le protège, et qu'il n'y a pas de protection possible sans obéissance. Il consent donc à obéir pour être protégé; mais dans quelle mesure aliène-t-il son obéissance? Si les lois sont oppressives, si le pouvoir est tyrannique, peut-on dire qu'il les légitime en ne pas s'expatriant? Non sans doute : il tolère, il endure; il n'approuve pas.

L'homme, qui le plus souvent ne connaît pas les lois de son pays, qui, dans tous les cas, manquerait aussi le plus souvent des moyens de s'expatrier quand il en aurait la volonté, ne peut être censé consentir qu'à une chose : c'est qu'il obéira à l'autorité *pourvu qu'elle ne lui demande pas plus en sacrifices qu'elle ne lui accorde en protection.*

Le législateur trouve ainsi devant lui ces deux faits aussi réels l'un que l'autre : d'une part la société, qu'il ne doit pas laisser dépérir; de l'autre des individus libres, qu'il serait coupable de contraindre sans nécessité.

En sorte que la plus haute solution du droit social consiste dans la conciliation du particulier et du général, ou, si l'on veut, *dans le moindre degré de*

contrainte individuelle avec laquelle l'état puisse être paisible, prospère et indépendant.

Faisons voir maintenant ce qu'il y a de plus dans ce principe que dans celui de Kant. Une route est jugée utile dans l'intérêt de l'état; son tracé rencontre mon héritage: peut-on me déposséder dans l'intérêt de tous? Le pur droit de la nature n'y autoriserait pas, car je ne cause pas de préjudice aux autres; je demande à jouir paisiblement de ce qui m'appartient, mais je refuse de me dessaisir pour rendre service à autrui. Je suis dans mon droit. Au contraire, le droit social permettra de m'exproprier en m'indemnisant, parce qu'autrement le mauvais vouloir d'un seul paralyserait le développement du commerce et de la prospérité générale, en faisant refluer ces avantages chez les nations voisines.

Mais l'état ne peut agir justement qu'en me donnant l'équivalent de ce qu'il m'ôte, afin de concilier le bien de tous avec la moindre contrainte de chacun.

Ceux qui aiment à mettre les choses au pis, demanderont peut-être ce que le législateur devra faire si le salut de tous est incompatible avec celui d'un individu, comme dans l'exemple cité plus haut, de la menace adressée à la ville de Calais par Edouard III. Je répondrai que ce cas n'est pas un cas que le droit social puisse régir, parce que la loi n'est faite précisément que pour concilier la sûreté de tous avec celle de chacun. Quand ces deux faits sont inconciliables, sa mission cesse. Alors les hommes ne sont plus soumis qu'au droit naturel, qui n'est jamais sus-

pendu; et ce droit défend, comme nous le verrons, à tout homme de sauver sa vie aux dépens d'autrui. Le devoir de tous est alors de souffrir ce qu'ils ne peuvent empêcher, mais en protestant jusqu'au bout contre l'injustice par leur inaction même.

C'est, du reste, une grave question que de savoir jusqu'où doit aller en général le pouvoir d'intervention de l'état dans les affaires des particuliers. Les uns pensent que la loi doit faire sentir son action le moins possible; les autres, que l'état a le droit de régler tout ce qu'il peut régler utilement, et qu'il doit d'autant plus le faire, qu'il y a une quantité de choses qui ne peuvent être ni justement appréciées, ni convenablement exécutées du point de vue individuel. Nous serions volontiers de la première opinion, s'il pouvait y en avoir d'absolue en cette matière; mais, tout en convenant que la loi doit limiter son action, il faut cependant lui laisser une certaine latitude dans l'intérêt de l'état lui-même, et cette latitude varie suivant les circonstances. En fait, nous voyons aussi qu'elle a beaucoup varié.

Chez les peuples anciens, chez les Orientaux surtout, la loi suivait l'homme dans tous les détails de la vie. Elle réglait la forme de ses vêtements, l'heure de ses repas; elle l'enchaînait à telle ou telle profession dès le moment de sa naissance. L'enfant n'appartenait pas à son père, c'est l'état qui s'en emparait. Dans le monde grec, l'homme commence à s'émanciper. Mais combien le pouvoir social domine encore les relations privées! Quelle tyrannie dans ces

mariages du fait de la loi, où la fille est adjugée à son agnat le plus proche, comme un accessoire de la succession de son père[1]! Quel contraste avec nos sociétés modernes, où l'homme fait ce qu'il veut, embrasse la profession qu'il veut, élève sa famille comme il veut, et dispose librement de ses biens, non-seulement pendant sa vie, mais encore après sa mort!

Un philosophe[2] a prétendu expliquer ce contraste par le progrès même de la raison individuelle. Les peuples anciens, livrés à un sensualisme grossier, avaient besoin de la tutelle étroite de la loi, dont les modernes, plus éclairés, ont pu être affranchis sans inconvénient. Il y a du vrai dans cette idée, quoiqu'elle ne suffise pas sans doute à justifier toutes les bizarres prévisions des législations primitives. Peut-être aussi dans les sociétés antiques, où les citoyens étaient moins nombreux que leurs esclaves, convenait-il d'organiser la nation plus fortement, et de relier ensemble, par des prescriptions multipliées, le petit nombre des hommes libres.

[1] Les héritières d'Athènes (ἐπίκληροι) étaient mariées par la loi *ipso jure* à leur agnat le plus proche : de telle sorte qu'eussent-elles épousé un étranger du vivant de leur père, en eussent-elles même des enfants, l'agnat avait une action en justice pour revendiquer sa parente. Quand on voit en même temps la loi athénienne défendre aux femmes de contracter *ultra medimnum hordei*, on ne doute pas du sens de ces institutions qui tendaient à perpétuer les biens dans les familles. (V. Samuel Petit, *Leges atticæ*, p. 444; — Gans, *Erbrecht*, tom. I, p. 308.)

[2] M. Ancillon, dans son livre *du Juste Milieu, ou du Rapprochement des Extrêmes dans les Opinions*, tom. II, p. 11.

Quoi qu'il en soit, l'individu sent infiniment moins le joug de la loi qu'il ne le sentait autrefois. Mais l'état manifeste aujourd'hui son intervention d'une autre manière, en disposant des ressources du pays pour réaliser des améliorations matérielles, et en se chargeant de ces grands travaux que les particuliers ne peuvent pas entreprendre. Cette mission lui appartient à un titre plus légitime : car il est le tuteur des générations présentes et des générations futures. Lui seul, d'ailleurs, peut bien juger certaines choses sur lesquelles les individus s'abuseraient, soit par cupidité, soit par défaut d'élévation d'esprit.

De là vient aussi la subordination du droit privé au droit public, et les entraves que la loi apporte à l'exercice de la propriété dans plusieurs cas. Si elle n'arrêtait pas les propriétaires de forêts, ces forêts seraient bientôt défrichées par l'appât d'un lucre immédiat, et nos successeurs hériteraient de nous des montagnes déboisées, et peut-être des fleuves impropres à la navigation.

Souvent, enfin, certaines hypothèses dans lesquelles la loi semble sortir du terrain du droit pour empiéter sur celui de la morale, peuvent se ramener au principe de Kant par une observation plus attentive. La taxe des pauvres, qui absorbe en Angleterre une si notable partie du revenu foncier, ne serait pas légale si elle n'était qu'une aumône forcée. Mais si on la considère comme un moyen d'empêcher la révolte de ceux qui manquent du nécessaire, on n'y

verra plus qu'une mesure de sûreté compétemment prise par le législateur.

Par suite du même principe, le gouvernement pourrait peut-être contraindre les propriétaires à s'assurer, soit contre l'incendie, soit contre les cas fortuits qui menacent les récoltes ; ou, ce qui serait la même chose, les assurer lui-même au moyen d'une légère augmentation d'impôts : car il doit avoir de la prévoyance pour ceux qui n'en ont pas, surtout s'il est vrai que les hommes jetés subitement d'une position aisée dans la misère soient une cause de mal-aise et de désordre dans la société.

C'est avec ces explications qu'il faut entendre notre axiome, que le droit consiste dans le moindre degré de contrainte individuelle avec lequel soit conciliable la sûreté et la prospérité de l'état. Et je résumerais volontiers tout ce qui précède dans les propositions suivantes :

1° Hors de l'état de société, le droit naturel n'oblige les hommes qu'à ne pas se nuire, suivant la théorie de Kant.

2° Dans l'état de société, la loi peut imposer à l'individu un sacrifice dans l'intérêt de tous et de lui-même.

3° La limite de ce sacrifice est dans ce principe, que l'individu ne doit jamais plus à la société qu'il ne reçoit d'elle en protection.

CHAPITRE VIII.

Du Droit naturel.

Au moyen de ce qui précède, on arrive à dégager le droit de la morale et à fixer leurs limites respectives. Mais dans la sphère d'action propre qui reste ouverte au législateur, on distingue deux espèces d'institutions, ou si l'on veut, deux espèces de droits dont l'un a reçu le nom de droit naturel, et l'autre celui de droit positif.

Il s'est élevé de nos jours de vives controverses, tant sur le sens que l'on doit attribuer à l'expression de droit naturel que sur l'existence même de ce droit. Disons d'abord que si l'on veut entendre par-là le droit que pratiquaient réellement les hommes à une époque primitive, antérieure à l'établissement des sociétés, on se livrerait à une vaine recherche. Je ne sais pas si cet état fortuné qu'on a appelé l'état de la nature a jamais eu d'existence autre part que dans les vers des poètes. Dans tous les cas, la charte de l'âge d'or est égarée depuis long-temps. Laissons Bossuet nous dépeindre ce que devait être la condition des hommes à cette époque :

« L'état de nature, dit-il, est celui où chacun peut tout prétendre et en même temps tout contester; où

tous sont en garde et par conséquent en guerre continuelle contre tous; où la raison ne peut rien, parce que chacun appelle raison la passion qui le transporte; où le droit même de la nature demeure sans force, parce que la raison n'en a point; où par conséquent il n'y a ni propriété, ni domaine, ni biens, ni repos assuré, ni, à vrai dire, aucun droit, si ce n'est celui du plus fort; encore ne sait-on jamais qui l'est, puisque chacun peut tour-à-tour le devenir, selon que les passions feront conjurer ensemble plus ou moins de gens [1]. »

Il n'y aurait donc pas, à mon sens, de travail plus vain que celui qui prétendrait reconstituer le droit de l'état de nature comme une réalité : ce n'est que quand les sociétés, devenues paisibles, donnent du loisir aux études philosophiques, que les hommes trouvent dans le silence de leur conscience ces principes d'égalité et de justice qui doivent régler leurs rapports mutuels.

C'est à la philosophie qu'il appartient de déterminer le droit naturel, qui n'a jamais été pratiqué nulle part.

Au droit naturel on oppose le droit positif, soumis à l'empire de la contingence, et qui n'existerait pas s'il n'était pas promulgué. Les tutelles, les adoptions, les prescriptions, toutes ces institutions qui peuvent être ou ne pas être, ou du moins être différemment en

[1] Bossuet, v[e] Avertissement sur les Lettres de M. Jurieu, ch. 19.

différents lieux, sont le produit de la loi positive, qui les crée par des considérations d'utilité.

Au contraire, on appelle droit naturel celui qui s'impose à tout législateur, de telle sorte que la loi qui s'en écarterait serait une loi contraire à la justice. Les jurisconsultes payens eux-mêmes le faisaient remonter à Dieu comme au législateur souverain [1].

Toutefois, il me semble qu'il y a des degrés dans le droit naturel, et qu'on a peut-être confondu des choses qui auraient dû être distinguées.

Il y a des lois qui tiennent si étroitement à la morale, que nous ne concevons pas qu'elles puissent ne pas être. Non-seulement le législateur n'a pas besoin de les promulguer, mais il n'aurait pas le droit de les abroger, quand il le voudrait. Ces lois sont si claires, qu'elles sont gravées dans la conscience de tous les hommes, et que ni le temps ni les préjugés ne parviennent à les corrompre. De ce nombre est le principe qui défend de tuer ou de voler, et celui qui ordonne de tenir la foi promise. Dans quelque position que vous supposiez deux hommes, qu'ils soient membres du même corps social ou de pays différents, qu'ils vivent sous la protection des lois ou qu'ils soient jetés sur une plage déserte, ils devront également respecter ces principes, dont la violation serait la violation de la morale elle-même.

[1] *Naturalia vero præcepta, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.* (Instit. de Jur. Nat., § 11.)

Mais on fait souvent rentrer dans le droit naturel d'autres institutions qui n'apparaissent point à la raison comme aussi nécessaires. On étend alors ce droit à tout ce que le bon sens et les besoins de l'humanité doivent consacrer dans une société bien organisée. C'est en ce sens que l'on discute si les successions, si le pouvoir social, si la prescription est ou non de droit naturel. Effacez tout droit écrit, supposez un peuple de sages, et les lois qu'ils se donneront formeront ce nouveau droit naturel bien plus étendu que le premier, puisqu'il contiendra presque toutes les institutions, dans la forme la plus parfaite et la mieux appropriée à la destinée humaine.

Les mots de droit naturel primaire et secondaire ont été employés pour marquer cette différence. Le mot de droit de la raison paraît également fort convenable pour désigner la seconde espèce de droit naturel prise dans le sens le plus compréhensif.

Nous allons examiner séparément, d'abord le droit naturel proprement dit, ensuite le droit de la raison : car il nous paraît utile de ne pas confondre l'un avec l'autre.

CHAPITRE IX.

Préceptes généraux du Droit naturel.

On a mis au défi ceux qui croient au droit naturel d'en donner la définition, de dire combien de lois ils y rapportent précisément, et d'exprimer le principe particulier d'après lequel on jugera ce qui est de droit naturel et ce qui est de droit positif.

Les philosophes qui croient que l'utilité est la seule base du droit, n'ont pas voulu reconnaître cette distinction. Il y a seulement, suivant eux, des lois plus ou moins utiles et, sous ce rapport, plus ou moins naturelles. « Ainsi donc, toute disposition législative qui sera non-convenable à la nature de l'homme dans ses rapports sociaux, c'est-à-dire qui ne tendra pas à son bien-être et à l'harmonie sociale si nécessaire à ce bien-être, cette disposition sera *anti-naturelle*, fût-elle classée dans le code du prétendu droit naturel par tous les docteurs du monde; tandis qu'au contraire la loi la plus éloignée des principes primordiaux de la législation, une loi de succession par exemple, sera très-*naturelle*, si elle tend à son bien-être[1] ! »

[1] Rey, *Traité des Principes généraux du Droit*, p. 196.

Ce langage a sans doute quelque chose de vrai, en ce sens que les lois qui appartiennent au droit naturel seront toujours des lois utiles, et peut-être même les plus utiles de toutes. Cependant la raison a peine à croire qu'il n'y ait aucune autre différence entre les lois que le degré d'utilité, et que celle qui établit des impôts, tout indispensable qu'elle soit au mécanisme social, soit loi au même titre que celle qui défend le vol ou le parjure. C'est qu'en effet la société n'est elle-même qu'un moyen pour arriver à la protection des droits primitifs des individus; mais les moyens n'apparaissent jamais comme aussi sacrés que le but. Voilà pourquoi les lois d'ordre social n'ont pas le même caractère d'autorité que celles qui protègent directement l'individu dans ses rapports immédiats avec ses semblables.

Il n'est pas juste d'exiger l'énumération exacte des lois appartenant au droit naturel. Elles peuvent défendre une quantité d'actions de toute espèce. On ne peut ici qu'ériger quelques grands principes.

Le droit naturel, comme on l'a dit plus haut, procède par prohibitions. Lorsqu'une action dépendant de la liberté extérieure violerait un devoir étroit de morale, on peut dire que la loi qui la défend est de droit naturel.

Du reste, les grands principes du droit naturel ont été résumés par Justinien dans les trois préceptes suivants, qu'on peut regarder comme la base de la justice : ALTERUM NON LÆDERE, JUS SUUM CUIQUE TRIBUERE, HONESTE VIVERE.

Alterum non lædere. — Tu ne causeras point de préjudice aux autres hommes; tu ne tueras point, tu ne frapperas point injustement. Non-seulement tu respecteras la personne physique de tes semblables, mais tu te garderas de porter atteinte à leur personne morale. Point d'injures, point d'imputations calomnieuses : car blesser un homme dans sa réputation n'est pas moins mal que de le blesser dans ses membres. Si tu es plus fort que lui, on ne te commande pas de venir à son aide, mais au moins n'abuse point de ta force pour lui nuire : la force ne fait pas le droit. Respecte donc les autres, et exige qu'ils te respectent pareillement, afin que vous puissiez tous vivre dans une association régulière.

Jus suum cuique tribuere. — Tu désires jouir en paix des biens qui t'appartiennent : ne convoite pas non plus ceux d'autrui. Le vol fait une blessure au patrimoine, comme l'épée fait une blessure au corps; l'un n'est pas plus juste que l'autre. Quand tu serais sûr du secret, ne te permets rien contre le droit de ton voisin. Ne cueille pas le fruit de son verger, ne conduis pas ton troupeau sur sa prairie. S'il t'a prêté la chose dont tu avais besoin, ne dénie pas le prêt qu'il t'a fait, pour le punir de t'avoir rendu service. Exerce-t-il sur toi une autorité légitime : ne tente pas de t'y soustraire; car il est juste que l'enfant obéisse à son père, que le mari dirige son épouse, que le maître commande à son serviteur, que les citoyens respectent les magistrats, et que tous soient soumis à la loi.

HONESTE VIVERE. — Si tu as observé ce qui précède, tu as fait beaucoup pour être honnête. Il reste cependant quelque chose encore : car ce n'est pas tout que de ne pas causer à ton frère un préjudice réel. Tu ne séduiras point sa femme ou sa fille, dût le plus profond mystère en dérober la connaissance à tout le monde. Tu te conformeras aux règles qu'impose la décence publique, dans ton costume, dans tes actions, dans ton langage. Tu n'épouseras point ta parente au degré défendu.

C'est en pratiquant ces maximes que tu pourras mériter le nom d'un citoyen probe et irréprochable.

CHAPITRE X.

Tu ne nuiras point à Autrui. — Exceptions : du Cas de légitime Défense.

L'idée qui ressort des préceptes que nous venons de développer est qu'il n'est pas permis de nuire à autrui : principe qu'on peut regarder comme fondamental en droit naturel.

Mais le même principe qui nous défend de nuire aux autres, nous donne aussi le droit d'empêcher qu'on ne nous cause du préjudice; et nous ne sentons jamais ce droit se révéler avec plus d'énergie que

quand une attaque dirigée contre notre personne réveille en nous l'instinct de la propre conservation. De là l'exception du cas de légitime défense.

Il ne faut pas confondre la légitime défense avec la vengeance ou la punition de l'agresseur, qui n'appartient jamais à l'individu privé. Faire ce qui est strictement nécessaire pour repousser l'attaque, et ne faire que cela, voilà la légitime défense. Qu'un homme s'introduise dans mon jardin pour y voler des fruits, j'ai le droit, sans doute, de le repousser, et même de l'arrêter en flagrant délit pour le remettre entre les mains de l'autorité; mais je serais coupable de lui tirer un coup de fusil, acte qui n'est pas dans mon droit, parce qu'il n'est évidemment qu'un moyen de vengeance.

Quelques moralistes ont poussé l'abnégation au-delà des bornes, en soutenant qu'un homme surpris dans un guet-à-pens n'avait pas le droit de tuer son ennemi pour se défendre[1]. Ils justifient leur doctrine en disant que c'est un mal que de tuer, et qu'il n'est jamais permis de faire le mal dans son intérêt. Mais c'est confondre des idées très-distinctes. Il est vrai

[1] C'est la doctrine de S. Ambroise : « *Tamen non videtur quod vir christianus et sapiens et justus quærere sibi vitam aliena morte debeat : utpote qui, etsi in latronem armatum incidat, ferientem referire non possit, ne, dum salutem defendit, pietatem contaminet.* » (De Offic., lib. III, c. 4). — S. Cyprien (lib. VI, c. 18 et 20) professe la même opinion, répétée de nos jours par des jurisconsultes, quoiqu'ils reconnaissent que le fait ne soit pas punissable criminellement. (V. Ahrens, *Droit naturel*, tom. I, p. 156.)

que je n'ai pas le droit de tuer une personne innocente sur l'ordre d'un brigand, même pour sauver ma vie; mais quant au brigand lui-même qui m'attaque, j'ai ce droit contre lui, parce qu'il s'y expose par sa faute. Autrement, il faudrait aller jusqu'à dire que je ne peux pas même le frapper ou le blesser pour le mettre dans l'impossibilité de me nuire : car le droit naturel condamne aussi les coups et blessures. Mais ce qui serait mal vis-à-vis tout autre est juste vis-à-vis l'auteur de l'agression, qui ne peut imputer qu'à lui-même ce qui en résulte.

Tout au plus pourrait-on dire que si celui qui m'attaque s'annonçait comme n'en voulant qu'à ma bourse, il pourrait y avoir humanité de ma part à la lui donner pour éviter un plus grand malheur; mais encore la loi ne peut pas me faire un crime de manquer de générosité. On veut me dépouiller de ce qui m'appartient; je résiste. Si mon adversaire emploie la violence et met ma vie en danger, je le blesse, je le tue même, sans que mon action soit contraire au droit. Elle ne serait telle qu'autant que j'aurais dépassé la limite de ce qui était nécessaire à ma défense; et dans ce cas même, quoique je puisse être blâmable devant la morale, la justice des hommes peut rarement m'atteindre, tant il est difficile à celui qui est provoqué de discerner, au milieu de la lutte, jusqu'à quel point on veut lui nuire, et jusqu'à quel point par conséquent il peut résister.

C'est aussi une question de fait que de savoir quand je peux m'opposer préventivement au mal qui me

menace. La simple crainte ne m'autorise pas à attaquer l'ennemi que je soupçonne de nourrir contre moi des projets sinistres; mais je ne suis pas obligé non plus d'attendre qu'il ait fait tous ses préparatifs, et qu'il n'y ait plus qu'à mettre le feu à la mine. Le soin du bon ordre veut que, si le mal dont je suis menacé n'est pas présent, je le dénonce à l'autorité chargée de veiller à la sécurité des citoyens. N'en ai-je pas le temps, je me protége moi-même. Quand un homme qui tient une arme à la main me menace de la mort, il me donne le droit de l'attaquer et de le désarmer si je le puis.

CHAPITRE XI.

De l'Excuse de la Nécessité.

Y a-t-il un droit de la nécessité? Question délicate sur laquelle on est loin d'être d'accord. Il ne s'agit plus ici de savoir si je peux résister à celui qui m'attaque, mais de savoir si l'extrême péril où je serais m'autorise à violer le droit des autres pour me sauver. Peut-être alors simplifierait-on la question en la posant en ces termes :

L'homme est-il autorisé à causer du mal à autrui pour éviter un plus grand mal qui le menace lui-même?

Il ne faut pas hésiter à répondre négativement : car si le caractère de la loi morale est de devoir être accomplie au prix de tous les sacrifices, il s'ensuit que l'homme ne doit jamais violer le droit des autres pour se soustraire à un danger, comme pour rejeter sur eux le mal que le hasard lui fait échoir en partage.

Les circonstances les plus extrêmes ne suspendent pas l'empire de cette règle. Ainsi, dans un naufrage, quand un matelot a saisi une planche comme moyen de salut, celui qui se noie à côté de lui n'a pas le droit d'user de sa force pour la lui arracher. Sans doute, s'il le fait, l'imminence du danger sera une circonstance atténuante; mais elle n'efface pas entièrement ce que l'action a de mauvais [1].

Les tribunaux auront rarement à statuer sur des cas de cette nature; plus rarement encore se sentiront-ils peut-être la force de punir. Pourtant nous en citerons un exemple récent autant que mémorable.

Dans la nuit du 19 avril 1841, le navire le Wil-

[1] M. Zachariæ (*Philosophische Rechtslehre*, p. 14) prétend qu'une pareille action est contraire à la morale, mais non pas au droit, parce que le droit n'est jamais donné que *dans la supposition que deux êtres peuvent coexister dans le monde sensible*. Mais c'est ce que nous n'admettons pas. Le droit naturel n'est jamais suspendu; il défend, dans tous les cas, d'attenter au droit d'autrui. Or, dira-t-on que celui qui est en possession d'une planche pour se sauver, n'y a pas plus de droit que celui qui n'en a pas la possession? Tout au plus peut-on dire que les lois sociales sont suspendues en pareil cas, parce qu'il ne peut pas y avoir société entre plusieurs individus dont la coexistence est impossible.

liam-Brown, allant de Liverpool en Amérique, ayant touché un banc de glace, coula immédiatement. L'équipage et vingt-trois passagers eurent le temps de se jeter dans la chaloupe. Mais, la mer étant forte et l'embarcation menaçant de couler à cause de la surcharge, le lieutenant Holmes jeta de sang froid seize personnes à la mer. Une espèce d'ordre présidait à ces cruelles exécutions. Il accorda un répit à ceux qui le demandaient pour faire leur dernière prière. Il se chargea de faire parvenir leurs adieux à leur famille. Des passagers, échappés au danger, vinrent déposer en justice qu'il se dépouilla de ses habits pour en couvrir des femmes qui ne pouvaient résister au froid glacial de cette nuit funeste. Le lendemain un navire vint à leur secours et les recueillit à bord. Traduit aux assises de Philadelphie, Holmes fut déclaré par le jury coupable de meurtre sans préméditation, fait qui, d'après la législation du pays, n'entraîna pour lui qu'une peine de cinq ans de prison[1].

Mais, dira-t-on, fallait-il que tous périssent, plutôt que d'en sacrifier quelques-uns? Quand la mort est inévitable, quand la famine éclate, ne pourra-t-on pas dévouer une victime pour qu'elle serve de pâture à ses compagnons d'infortune? Ne le pourra-t-on pas même en la tirant au sort? Je répondrai que le droit naturel ne peut pas légitimer de semblables actions. Que la justice humaine se voile la tête, et

[1] Voir les détails de ce procès remarquable dans le *Journal des Débats* du 23 mai 1842.

qu'elle absolve la dure loi de la nécessité : je le conçois encore. Mais qu'elle approuve! non, jamais.

On a demandé si je ne pourrais pas du moins causer du préjudice à autrui quand j'y suis contraint par la violence, par exemple quand des brigands me forcent de me joindre à eux pour tuer ou pour voler. C'est toujours la même question sous une autre forme. Le pis qui puisse résulter pour moi de mon refus, c'est la mort. Or, le caractère de la loi du devoir est tel, que chacun doit sacrifier sa vie pour lui obéir. Je n'ai donc jamais le droit, pour sauver mes jours, d'attenter à ceux d'autrui.

Je n'ai pas le droit non plus de faire un faux serment dans un procès pour nuire à quelqu'un, sous prétexte que j'y suis contraint par des menaces de mort émanées de son adversaire. Juvénal l'attestait déjà dans ces beaux vers qui sont dans toutes les mémoires :

Esto bonus judex, tutor bonus, arbiter idem
Integer; ambiguæ si quando citabere testis
Incertæque rei, Phalaris licet imperet ut sis
Falsus, et admoto dictet perjuria tauro,
Summum crede nefas animam præferre pudori[1] *!*

Mais si le dommage est très-léger, s'il s'agit à ce prix d'éviter un péril considérable ou même la mort, ne serai-je point alors excusable de violer le droit d'autrui? Je me trouve mourant de soif et de faim, près d'un arbre dont les fruits peuvent me sou-

[1] Juvénal, sat. viii, v. 80.

tenir: est-ce mal agir que d'en prendre sans le consentement du propriétaire? Dans ce cas, je le puis sans doute, à la charge de l'indemniser dès que je le pourrai. Je le puis, parce que j'anticipe son consentement, qui n'est pas douteux, personne ne devant être supposé assez inhumain pour refuser de sauver la vie d'un de ses semblables, au prix d'une partie de sa propriété dont on lui offre l'équivalent.

Cependant, ne dissimulons pas la difficulté. Le propriétaire, présent sur les lieux, s'y oppose. On demande si celui qui ne peut pas sauver autrement sa vie, a le droit d'employer contre lui la violence pour s'emparer de ce dont il a besoin.

C'est demander si, dans une famine, le peuple qui a faim peut piller la maison des riches ou la boutique des boulangers. Des écrivains l'ont soutenu sous prétexte que la nécessité déchirait la charte des lois positives qui garantissent à chacun la libre jouissance de ses biens, et que tous rentraient dès-lors dans l'état de communauté primitive[1]. Mais c'est une fausse doctrine que des jurisconsultes devraient se garder de propager. Où a-t-on vu que le droit de propriété n'était garanti que par des lois positives, c'est-à-dire par des lois de convention? Deux per-

[1] S. Thomas le dit positivement. Après avoir déduit les raisons dans le sens opposé, il ajoute: *Sed contra est*, quod in necessitate sunt omnia communia, *et ita non videtur esse peccatum, si aliquis rem alterius accipiat, sibi factam communem propter necessitatem.* (SUMM. THEOL., sec. secund., quæst. 66, art. 7.)

sonnes qui ne sont pas soumises aux mêmes lois, peuvent donc se dépouiller impunément! Je réfuterai plus bas ces principes erronés. Quant à la question qui nous occupe, je réponds hardiment qu'il n'est permis dans aucun cas de s'emparer de la chose d'un autre sans son consentement. La nécessité peut bien mettre une différence entre celui qui vole par cupidité et celui qui le fait, poussé par la faim; mais elle ne peut pas l'absoudre. Tels sont les seuls principes que puisse accepter la science du droit.

Au surplus, la question est plus simple sur le terrain du droit civil que sur celui du droit criminel. Nous verrons plus bas, lorsque nous parlerons de la criminalité, en traitant du droit pénal, que la société peut ne point appliquer de peine dans les cas de nécessité extrême. Mais la question de droit civil, c'est-à-dire celle qui concerne la réparation du préjudice causé, ne donne lieu à aucune dissidence, tout le monde s'accordant à reconnaître que celui qui porte du préjudice à quelqu'un, fût-ce pour échapper au plus pressant péril, ne peut, dans aucun cas, tirer de sa position une excuse qui le dispense de réparer le mal qu'il a fait.

CHAPITRE XII.

De la Maxime *Volenti non fit Injuria.*

Quelques philosophes ont pensé que, de droit naturel, la maxime *Volenti non fit injuria* était sans aucune exception; c'est-à-dire que tout ce que l'on peut se permettre contre un homme, de son consentement, ne saurait être contre le droit de cet homme, encore que la morale puisse en être blessée.

Dans cette opinion, la loi peut intervenir pour prononcer une peine basée sur l'intérêt général, comme elle intervient pour prohiber bien d'autres actions licites en elles-mêmes; mais sa disposition n'est alors que de droit purement positif. Si elle n'existait point, il ne serait pas possible de la suppléer.

La règle dont nous parlons est en effet très-générale; elle paraît dictée par le sens commun, parce qu'elle est vraie dans l'immense majorité des cas. Cependant il est impossible de ne pas y apporter quelques exceptions.

Ceux-là mêmes qui veulent lui donner le plus d'étendue conviendront que l'on ne peut se prévaloir de la volonté d'autrui que quand cette volonté est libre et éclairée, ce qui exclut déjà le consentement donné par les enfants en bas âge et par les insensés. Probablement on ne se refusera pas d'y joindre ceux

qui, par l'effet d'une maladie, de l'ivresse, du désespoir ou de la colère, ne seraient point actuellement en état de mesurer la conséquence de leurs paroles.

Mais pour concentrer la difficulté où elle est réellement, nous supposerons un homme dans son bon sens, et nous nous demanderons si, de droit naturel, sa volonté est tellement souveraine pour les choses qui le concernent, qu'il puisse aliéner ces choses sans réserve. Cela revient, en d'autres termes, à savoir si les droits incessibles ne sont tels que par la loi positive, ou s'il n'existe pas de ces droits par la nature même des choses.

Ainsi, un homme commande à un autre de le tuer; il est obéi. Comment qualifier cette action? Est-ce un assassinat? est-ce un fait innocent? L'appréciation du droit naturel n'est point oiseuse ici : car, le Code pénal n'ayant pas prévu ce cas, il serait bien difficile, si cette action était autorisée par le droit naturel, de lui appliquer les peines portées contre le meurtre en général.

En 1703, un soldat prussien, qui s'était rendu coupable d'un crime dans sa jeunesse, obsédé de remords incessants, fit vœu d'être haché en morceaux, pour satisfaire au cri de sa conscience. Il sollicita si vivement un de ses camarades de le mettre à mort de cette manière, que celui-ci eut la faiblesse et en même temps la cruauté d'y consentir. Mais cette action attira sur sa tête une condamnation à la peine capitale [1].

[1] Ce fait est rapporté dans les *Traits caractéristiques pour*

Je crois que cette condamnation était juste : car si l'homme n'a pas le droit de se suicider, il serait contradictoire qu'il pût donner à d'autres un droit sur sa propre vie.

Il y a donc des choses incessibles sur lesquelles la volonté de l'homme ne peut concéder de droit à autrui. De ce nombre est sa vie; de ce nombre est aussi sa liberté, qu'il ne peut point aliéner en totalité. L'on tombera facilement d'accord sur ces deux points. Mais alors, où commence le pouvoir de disposer? A quel caractère connaîtra-t-on les droits cessibles et les droits incessibles?

La loi positive pourra lever les doutes pour quelques-uns; mais il faut une règle rationnelle qui puisse guider la loi, et servir elle-même de guide dans les cas nombreux qui n'auront pas été prévus.

Cette règle pourrait peut-être se formuler ainsi : « Sont incessibles les droits aux choses que la loi morale commande; sont cessibles les droits aux choses que la loi morale permet [1]. »

On jugerait par-là que l'homme ne peut point aliéner sa liberté, sans laquelle il ne peut accomplir une foule d'actions que le devoir lui commande. Il est contradictoire qu'il fasse dépendre d'un maître

servir à l'Histoire des Egarements de l'Esprit humain (Leipsick, 1809). — V. aussi Lepage, *Eléments de la Science du Droit*, t. I, p. 116.

[1] Cette règle est de Fichte. V. Michelet (de Berlin), *Histoire des derniers Systèmes de Philosophie en Allemagne*, t. I, p. 498. Berlin, 1837.

l'accomplissement de ces devoirs, comme pour rendre conditionnel ce qui est absolu de sa nature.

Par la même raison, l'homme ne pourrait pas renoncer à la puissance paternelle, le devoir lui ordonnant d'élever et de former à la pratique du bien les enfants auxquels il a donné la vie, ce qui ne peut se faire sans l'exercice d'une certaine autorité.

Mais au contraire, il pourrait régler l'usage de sa liberté de telle ou telle manière, en s'engageant à faire telle action ou à prester un genre de service déterminé, parce que cette obligation n'emporte pas pour lui impossibilité de faire ce qu'il doit sous tous les autres rapports.

Il faut ajouter, au surplus, que la loi pourra souvent déclarer certains droits inaliénables par une considération différente, qui sera alors une considération d'intérêt général. Cette considération se joindra presque toujours à celle dont on vient de parler: car il est clair que la société est intéressée à ce qu'un père ait la puissance paternelle sur ses enfants; mais souvent aussi elle sera à elle seule le motif de la prohibition du législateur. On pourrait citer un grand nombre d'exemples de droits cessibles aux yeux de la morale, mais que la loi positive a déclarés incessibles parce que l'intérêt général paraissait le réclamer [1].

[1] On en trouvera des exemples dans les art. 815, 1130, 2220, du Code civil.

CHAPITRE XIII.

Le Droit naturel m'ordonne-t-il de faire du Bien à mes Semblables?

La loi naturelle me défend de chercher mon avantage aux dépens d'autrui ; mais m'ordonne-t-elle de diminuer mon bien-être pour augmenter celui des autres? Non, sans doute. Aussi la question ne peut-elle être discutée sérieusement que quand on la pose en ces termes : Suis-je obligé de faire du bien à mes semblables, lorsque je le peux sans rien sacrifier de ce qui m'appartient ?

Oui, disait Ennius, vous devez rendre tous les services qui ne vous coûtent rien ; vous devez enseigner la route au voyageur égaré : et dans trois beaux vers qui nous sont restés de lui, le père de la poésie latine compare poétiquement ce cas à celui d'un homme qui laisse allumer le flambeau d'autrui à son flambeau, sans diminuer la lumière qui l'éclaire[1].

Cependant je ne crois pas que le droit naturel im-

[1] *Homo qui erranti comiter monstrat viam,*
Quasi lumen de suo lumine accendat facit,
Nihilominus ipsi luceat, quum illi accenderit.

Cicéron, qui nous a conservé ces beaux vers, dit aussi qu'on est tenu de donner *ea quæ sunt iis utilia qui accipiunt, danti non molesta.* (De Offic., lib. I, c. 16.)

pose une pareille obligation. Ennius et Cicéron parlaient au point de vue de la morale; ils trouvaient qu'il était d'un homme vertueux de rendre service, surtout quand il n'en coûtait rien à son égoïsme, et je partage leur avis. Mais faire le bien d'autrui, même dans ce cas, c'est de la bienfaisance, et a-t-on jamais dit que le droit naturel ordonnait d'être bienfaisant, d'être serviable, d'être obligeant ? Ce sont des qualités louables, ce ne sont pas des obligations juridiques. Vous avez le moyen de procurer un emploi à un père de famille que vous savez honnête, capable et très-nécessiteux ; vous ne le faites pas : on pourra blâmer votre conduite, mais on ne dira pas que vous avez manqué à la probité : preuve que vous n'étiez pas obligé en droit naturel de venir à son secours.

Je pose ces principes, non sans craindre qu'on ne m'accuse de propager ces semences d'égoïsme qui germent de toutes parts dans la société; cependant je désire qu'on ne se méprenne pas sur le sens de mes paroles. Que la religion, que la charité prêchent à l'homme d'autres maximes, loin de les démentir, j'en reconnais le premier la supériorité. L'on n'a point fait tout ce que l'on doit quand on s'est conformé aux règles du droit naturel; celui qui reste fidèle à ces règles ne peut se vanter que d'une chose, c'est de ne point violer la justice. C'est aussi tout ce que j'essaie de déterminer ici.

Mais il y a une distinction qui me paraît vraie : si je ne suis point obligé de procurer du bien à mes semblables, je suis du moins obligé de détourner

d'eux le mal qui les menace, lorsque je puis leur porter secours sans danger pour moi. Autrement, je deviendrais aussi coupable que si j'avais causé ce mal par moi-même.

J'adopte ici complètement la doctrine de Cicéron, qui devient pour ce cas d'obligation étroite : *Qui non defendit nec obsistit, si potest, injuriæ, tam est in vitio quam si parentes, aut amicos, aut patriam deserat*[1].

Quelle différence y a-t-il, en effet, entre l'assassin qui tue, et celui qui, voyant un homme se noyer, refuse de lui tendre la main pour le ramener sur le rivage ? Cet acte de froide cruauté provoque plus d'indignation en quelque manière qu'un attentat direct; et Bentham avait raison de souhaiter que le législateur établît des peines contre celui qui s'en rendrait coupable[2].

Quant au point de savoir si la loi positive ne pourrait pas aller au-delà des limites que nous venons de tracer, en imposant quelquefois un sacrifice à une classe de citoyens dans l'intérêt d'une autre classe, c'est une question différente et plus difficile. En général, elle ne le doit point : car le principe du droit n'est pas la bienfaisance, mais l'ordre. Aussi peut-on se convaincre que, dans la plupart des cas où la loi

[1] Cicéron, *de Offic.*, lib. I, c. 7.

[2] *Traité de Législation*, p. 116, ch. 12. — On peut voir, dans Diodore de Sicile, que les Egyptiens avaient prévenu le vœu de Bentham, en punissant de mort celui qui, pouvant secourir un homme attaqué par des brigands, ne l'aurait pas fait. (Diod. Sic., lib. I, c. 67.)

paraît faire de la morale, elle est guidée au fond par une considération de sûreté publique. C'est ce que nous avons fait remarquer notamment plus haut, en parlant de la taxe des pauvres, telle qu'elle existe en Angleterre.

CHAPITRE XIV.

Du Droit de la Raison.

Les préceptes du droit naturel proprement dit sont en trop petit nombre et trop évidents par eux-mêmes pour qu'ils puissent fournir la matière d'une longue étude. Aussi la plupart des écrivains qui en ont traité, l'ont envisagé dans un sens large, en y faisant rentrer le droit de la raison, que l'on devrait cependant en distinguer en bonne philosophie [1].

Le droit de la raison comprend tous ces principes qui, en l'absence de lois positives, se déduiraient de la nature de l'homme comme législation universelle. Ainsi les hérédités, l'institution des tribunaux, le

[1] C'est en ce sens que M. de Rotteck entend ce mot dans son livre du *Droit de la Raison* (Vernunftsrecht, 2 vol. in-8°, Stuttgart 1829). M. de Rotteck, l'un des historiens les plus distingués de l'Allemagne, est aussi membre correspondant de l'Institut de France. Dans notre second volume, nous discuterons plusieurs de ses opinions.

droit de punir, rentrent dans le droit de la raison entendu de cette manière, mais non pas dans le droit naturel. On peut concevoir que le droit d'hérédité n'existe pas; on peut supposer que deux hommes ne soient soumis à aucun juge commun, s'ils n'appartiennent pas à la même nation. Néanmoins le droit naturel conservera sa force entre eux, dans quelque situation qu'ils se trouvent.

Le droit de la raison comprend d'abord le droit naturel, qui est aussi le droit de la raison : car ce qui serait contraire à la raison ne serait pas le droit. Mais il comprend de plus tout ce qui apparaît comme vérité juridique universelle, en supposant l'état de société. Or, ce n'est guère que dans cet état qu'il importe de considérer l'homme, au moins pour le jurisconsulte : car dès qu'on suppose des lois, on suppose une société et un pouvoir qui veille à l'exécution de ces lois.

C'est seulement à ce point de vue que le droit offre à la philosophie un champ digne d'elle : elle n'est plus alors limitée à ce petit nombre de principes nécessaires dont le contraire serait le renversement des idées morales; mais elle est appelée à déterminer ce qui est bon, ce qui est opportun *a priori*, afin de constituer la législation la plus en harmonie avec la nature morale et physique de l'homme.

Cette étude est-elle utile? est-elle possible même? Y a-t-il un droit de la raison distinct du droit positif? Peut-on déterminer la forme du droit comme un type unique, ou bien tout dépend-il de la loi écrite et des

circonstances ? Ici les esprits ont fait scission pour former deux écoles, l'école historique et l'école philosophique, dont les longs démêlés doivent attirer notre attention.

CHAPITRE XV.

De l'Ecole historique [1].

Les inappréciables travaux de cette école ne mériteraient que de la reconnaissance, si elle s'était bornée à chercher l'histoire de l'esprit humain dans celle de ses institutions. Mais elle ne s'est pas contentée de la gloire légitime qui lui appartenait; elle a prétendu

[1] Les écrivains les plus remarquables de l'école historique en Allemagne sont :

M. de Savigny, actuellement ministre de la justice en Prusse, auteur du *Traité du Droit de Possession*, de l'*Histoire du Droit romain au moyen âge*, de l'écrit intitulé : *de la Vocation de notre Siècle pour la Législation et la Jurisprudence* (ouvrage qu'on peut regarder comme l'exposé des principes de l'école historique); du *Système du Droit romain actuel*, etc.;

Eichhorn, auteur de l'*Histoire du Droit public et privé de l'Empire germanique*, et de plusieurs autres ouvrages;

Grimm, auteur des *Antiquités du Droit allemand;*

Hugo. — On lui doit une *Histoire du Droit romain*, et le *Manuel de la Philosophie du Droit positif* (ouvrage dont les doctrines par trop téméraires ont été désavouées par plusieurs écrivains de l'école historique).

L'organe officiel de cette école est la *Gazette pour la Juris-*

que ses investigations devaient remplacer toute étude philosophique, et qu'elles contenaient l'avenir de la jurisprudence. Sous ce rapport, elle s'est peut-être exagéré les services qu'elle a rendus.

Je rends justice aux hommes considérables qui se placent à la tête de cette école; je crois même qu'ils désapprouvent les conséquences extrêmes auxquelles on a poussé quelquefois leurs théories. Mais par cela seul que la pente de ces théories est dangereuse, il me paraît utile d'en accuser le vice, d'en signaler l'écueil.

L'école historique demande à être envisagée sous deux rapports distincts, au point de vue de la philosophie du droit, qu'elle a niée, et au point de vue de la direction qu'elle a imprimée aux études. Je crois que son influence a été pernicieuse sous le premier rapport, et improfitable sous le second.

Voyons d'abord ce qu'elle a fait pour la philosophie du droit.

Elle en est arrivée à ce point où arrivent quelquefois les hommes surchargés du faix de la science, quand ils n'ont point pour se soutenir une doctrine solide. Elle a fini par douter de tout. Voyant cette grande diversité d'institutions et de coutumes, cette

prudence historique (Zeitschrift für die geschichtliche Wissenschaft), paraissant à Berlin.

En France, nous pouvons compter parmi les auteurs appartenant aux doctrines historiques M. Giraud, membre de l'Institut, auteur d'une très-bonne *Histoire du Droit romain*, et de plusieurs autres ouvrages estimés; M. Laboulaye, auteur de plusieurs mémoires couronnés par l'Institut, etc.

opposition d'idées et de croyances qui règnent chez les peuples, elle en a conclu qu'il n'y avait rien d'absolument vrai, d'absolument bon; que tout était relatif aux mœurs et aux climats; qu'il n'y avait, en un mot, que du droit positif variable, mais aucun droit naturel universel.

M. de Savigny, le premier, s'est chargé de tracer le programme de cette philosophie négative [1]. Suivant lui, c'est perdre son temps que de prétendre arrêter *a priori* ce qui est juste, absolument parlant. Tout au plus serait-ce l'œuvre de la morale. Quant au droit, qui ne comprend que les règles à l'observation desquelles l'état contraint par la force, il est impossible d'arriver à les connaître, si ce n'est par l'histoire, parce que ces règles varient essentiellement chez chaque peuple.

Dans ce système, l'histoire n'est plus considérée seulement comme un moyen d'interpréter les lois positives; elle est *la seule voie qui nous conduise à la vraie connaissance de notre état.*

Dans l'étude du passé, l'école historique se préoccupe peu de ce qui est bien ou de ce qui est mal. Un fait existe, il faut le subir. Elle tire des conséquences, elle ne juge rien. Chaque institution contient en germe celle qui lui succède. Il faut prendre cette génération des faits comme elle vient.

Le droit d'un peuple, dit l'école historique (et elle

[1] Dans son écrit *de la Vocation de notre Siècle*, etc. Berlin, 1814.

tient à cette idée, car elle la reproduit souvent), se forme comme sa langue, instinctivement, irrationnellement. Les philosophes n'ont pas plus d'influence sur la formation de son droit, que les académiciens n'en ont sur celle de son langage [1]. Un peuple parle bien des siècles avant d'avoir une grammaire ; il n'a pas besoin non plus des philosophes pour se faire son droit [2].

Par une suite nécessaire de ces principes, il ne peut pas être question, à ce point de vue, de changer les lois existantes : car, la législation étant dans les mœurs, et non dans aucun type rationnel, il faut conserver les anciens usages avec un soin religieux; tout au plus y changer quelque chose quand les mœurs ont pris les devants. Le législateur, c'est le fatalisme. Le pouvoir humain n'intervient que pour proclamer les changements déjà accomplis dans l'ordre des faits.

La conclusion renfermée dans ces prémisses est la condamnation de tout essai de codification. M. de Savigny l'a tirée sans reculer, en soutenant qu'il était plus avantageux pour une nation de conserver ses vieilles coutumes locales que de subir une loi générale uniforme, plus ou moins bien adaptée à ses besoins.

Il entrait sans doute dans ce système, qui remonte à 1814, c'est-à-dire au temps de la plus forte réaction contre les innovations étrangères en Allemagne,

[1] V. Savigny, *ubi supra*, ch. 2.
[2] Hugo, *Encyclopédie juridique*.

une certaine hostilité aux idées françaises qui put lui assurer une popularité momentanée. Nous reviendrons plus bas sur la doctrine de non-codification, qui n'a pas pris faveur en Europe. Mais quant au surplus des idées de l'école historique, elles ont trouvé de l'écho parmi nous. L'Institut a couronné un ouvrage distingué par son érudition, où je lis le passage suivant :

« Ces graves questions de la nature du droit de succession, si l'hérédité, si le testament, sont ou non de droit naturel ou de droit des gens, ne sont point des questions pour nous, *qui n'admettons point de droit naturel, non plus que d'état naturel préexistant à l'état social.*

» Pour nous, l'homme est un être essentiellement sociable *comme l'abeille, comme la fourmi.* Je ne comprends guère l'abeille ni la fourmi en dehors et indépendamment de la communauté, non plus que l'homme en dehors de la société. Le sauvage, qui n'est qu'un homme détaché de la grande communauté humaine, dans l'isolement, dégénère et périt : *L'homme n'existe que par et pour la société. La société est nécessaire; elle a en elle-même sa raison d'être....* Toutes les fois que la société, *sans s'écarter de sa route providentielle,* change de moyens, qu'elle déplace l'héritage ou les priviléges politiques attachés au sol, *elle est dans son droit, et nul n'y peut trouver à redire en vertu d'un droit antérieur : car avant elle et hors d'elle il n'y a rien; en elle est la source et l'origine du droit.*[1] »

C'est dire de la manière la plus nette que le légis-

[1] Laboulaye, *Histoire de la Propriété*, p. 61.

lateur est tout-puissant, qu'il fait le bien et le mal à sa guise. Eh! sans doute, je ne reconnais pas plus que l'école historique un état de pure nature préexistant à l'état social. Mais s'ensuit-il de là qu'il n'y ait de droit que par la société; qu'il n'y ait aucune forme d'institutions meilleure qu'une autre; que personne ne puisse trouver à redire, en vertu d'un droit antérieur, à ce qu'établit le législateur *sans sortir de sa route providentielle*, ce qui constitue, à ce qu'il semble, un droit providentiel à la place du droit de la raison dont on ne veut plus? Voilà ce que je ne crois pas, et ce que je ne croirai jamais.

Une chose frappe d'abord dans le programme de ces auteurs. Nient-ils qu'il y ait du bien et du mal? Comme ils ne l'ont pas dit, je n'ose pas le supposer. Ils semblent croire du moins que la distinction du bien et du mal est une considération de morale, indifférente sur le terrain du droit. Que signifierait sans cela leur perpétuelle redite, que l'on ne peut arriver à la connaissance du droit que par la connaissance de l'histoire!

Mais je leur demanderai à mon tour ce que peut nous apprendre l'histoire, c'est-à-dire l'étude du passé, si nous ne le rapprochons pas d'un *criterium* pour le juger. Le passé! mais c'est le bien comme le mal, c'est le crime comme la justice, et bien plus le crime que la justice. Je trouve dans le passé l'esclavage, le despotisme, le pillage, les sacrifices humains, confondus avec les plus belles institutions et les plus nobles vertus civiques. Que ferai-je de ce pêle-mêle que ré-

pand devant moi l'histoire? Quel dogme en retirerai-je, sinon celui du fatalisme!

J'entends dire que rien n'est ni absolument juste, ni absolument condamnable, que tout a sa raison d'être, et que dans les questions de ce genre il n'est possible de juger que par l'universalité de l'approbation. Essayons pourtant de préciser quelque chose. Le cannibalisme a pour lui un nombre imposant de suffrages; l'esclavage est admis par la grande majorité des nations, pour ne point parler de toute l'antiquité qui l'a cru légitime. L'école historique pense-t-elle que ces deux institutions ont leur raison d'être, et qu'elles valent dans leur genre le régime contraire? Elle ne l'a jamais dit pour l'anthropophagie; elle a douté pour l'esclavage. Quant à moi, je crois les deux choses absolument mauvaises, toujours et partout [1].

Le mariage revêt différentes formes chez les différents peuples. Ici la polygamie est admise, là le divorce est au caprice des époux; ailleurs, le père marie sa fille sans la consulter; ailleurs, enfin, il n'y a point du tout de mariage. Je vois l'école historique penser que tout cela est bon suivant les lieux; quelques-uns même paraissent incliner pour le dernier des arrangements [2]. Ici encore j'avouerai que le ma-

[1] Hugo s'est porté le défenseur de l'esclavage dans son *Manuel de Droit naturel*, n° 186 et suiv.

[2] Le même auteur se moque de ceux qui appellent le mariage un contrat, en faisant remarquer que chez beaucoup de peuples le mariage s'opère sans le consentement des deux parties, et surtout sans celui de la femme. Il pose aux rationalistes la question de savoir si ces unions sont des mariages ou non.

riage me paraît l'emporter, absolument parlant, sur la promiscuité des sexes, et même la monogamie sur la polygamie.

Sans doute, l'élément positif du droit varie pour s'adapter aux besoins des divers peuples et des diverses époques. L'étude de l'histoire, les récits des voyageurs, peuvent être d'une haute utilité pour saisir ce côté variable; mais quel abus d'en conclure l'absence de tout principe absolu! Bacon, dont l'imagination revêtait souvent le bon sens de si vives couleurs, a comparé les lois civiles à ces ruisseaux qui découlent des mêmes sources, quoiqu'ils prennent le goût et la teinte des différents terrains qu'ils traversent.

L'école historique professe la plus grande admiration pour le génie de Montesquieu. A Dieu ne plaise que je veuille manquer de respect à un nom si célèbre! Pourtant, qu'il me soit permis de dire que son immortel ouvrage a peut-être eu un résultat funeste, en exagérant l'influence des circonstances matérielles sur les lois des peuples, en voulant tout expliquer par le climat et par le tempérament, en justifiant avec indifférence le mal comme le bien, et en accoutumant les esprits à croire que la justice avait moins de part que la fatalité dans les institu-

(nº 233). Il est facile de répondre que si ce sont des mariages, ce sont des mariages très-mal organisés. V. aussi le nº 214, où, en présentant le mariage comme une institution très-imparfaite, il discute si la promiscuité des sexes ne serait pas préférable; mais il ne conclut pas.

tions. Montesquieu ne poussait pas la doctrine physiologique jusqu'à nier les lois naturelles, dont il reconnaît même formellement l'existence. Ses élèves ont cru faire un progrès en les supprimant tout-à-fait [1].

Ces principes sont dangereux; ils affligent. Tant de science, tant de recherches, n'ont donc amené des hommes de talent qu'à regarder toutes ou presque toutes les institutions fondamentales comme n'ayant d'autre raison d'exister que leur existence même! Que de ravages de telles opinions ne pourraient-elles pas causer, si elles s'acclimataient jamais dans les masses!

Voilà pour l'influence qu'a exercée l'école historique sur les idées morales. Voyons maintenant quels progrès elle a fait faire à la science du droit positif.

Son dogme de la non-codification était commode, il faut l'avouer, pour se dispenser de faire ses preu-

[1] Quelques faits montreront combien l'envie de tout justifier obscurcissait quelquefois le sens moral dans la haute intelligence de Montesquieu.

Il vante l'ostracisme comme une excellente institution. Or, on sait que l'ostracisme était un exil de dix ans prononcé contre un citoyen, sans preuves, sans instruction préalable, sans l'allégation d'aucun délit, sans défense possible de l'accusé.

Ailleurs, il trouve *admirable* la loi des Samnites qui accordait au jeune homme le plus brave le droit de choisir la femme qu'il voulait, au plus brave après lui le droit du second choix, et ainsi de suite. Comme si une pareille loi n'était pas la violation de toute justice envers le sexe le plus faible, dont on faisait une monnaie pour payer les dettes de l'état!

Il me serait facile de multiplier des exemples de ce genre.

ves. Par-là, il n'était plus permis de lui reprocher son inaction. Cette inaction était elle-même le point de perfection du système. Agir le moins possible, attendre l'effet du temps, tel était le devoir facile imposé au législateur.

Je reviendrai ailleurs sur la question de codification; mais je signalerai tout de suite cette étrange illusion, de nier l'influence de la philosophie sur les lois, et de vouloir que la législation se forme d'elle-même comme le langage. Si cela est vrai pour quelques peuplades à demi barbares, ne sait-on pas que le contraire a lieu chez les peuples civilisés? Et d'ailleurs, en adoptant pour un moment cette assimilation mensongère, est-ce que l'école historique penserait par hasard que tous les langages sont également parfaits, et qu'il n'y a pas de philosophie de la grammaire? Je pense au contraire que la philosophie pourrait apporter dans la grammaire beaucoup d'améliorations, et d'améliorations très-désirables, s'il était aussi facile de redresser les verbes irréguliers que de révoquer des lois injustes.

Non, ce n'est point une erreur de l'humanité, que cet hommage d'admiration qui salue à travers les siècles tous les législateurs fameux, Moïse, Solon, Pierre-le-Grand. La conscience des hommes a senti que c'était par les lois que se formaient, que se régénéraient les peuples!

Pour moi, qui crois à la salutaire influence de l'ordre, de la clarté, de l'uniformité dans les lois, je le dis avec tout le respect dû à la science profonde de

M. de Savigny : lorsqu'au commencement du siècle, les rédacteurs du Code civil, tant accusés d'ignorance[1], eurent à doter le pays du bienfait d'une législation nouvelle, je crois que les travaux de l'école historique leur auraient peu servi, et qu'ils auraient tiré plus de secours du moindre traité philosophique que de l'*Histoire du Droit romain au moyen âge*, malgré toute l'érudition déposée dans ce livre remarquable.

Est-ce, maintenant, par l'exégèse, par l'interprétation des lois existantes, que l'école historique a rendu des services ? Ces services, je ne veux pas les nier. Oui, sans doute, elle a rectifié quelques idées, surtout quant à l'intelligence du droit ancien. Les législations se composent de tant d'éléments traditionnels et nouveaux fondus ensemble, que la connaissance du passé est indispensable pour les comprendre. Cependant je demanderai quel grand monument cette école a produit, depuis trente ans qu'elle est à l'œuvre. Tous les livres capitaux sur la science du droit positif, publiés de nos jours, sont dus à la méthode philosophique, parce qu'après tout, quoi qu'on fasse, le droit sera toujours une science de raisonnement bien plus qu'une science de tradition.

C'est ce que ne veulent pas comprendre beaucoup de savants estimables qui paraissent faire peu de cas de la logique et de la philosophie, pour se vouer à la recherche de je ne sais quelles antiquités nébu-

[1] Notamment par M. de Savigny, dans l'écrit *vom Beruf unserer Zeit, etc.*

leuses, sans aucun rapport avec nos institutions d'aujourd'hui. Ils traitent le droit en artistes. De là tant de livres fort curieux sans doute, mais qui n'ont pas fait avancer la science d'un pas, qui n'ont simplifié aucune question, qui n'ont rien éclairci, rien résolu.

Il est facile de décrier le droit de la raison comme une vieillerie usée dont le jurisconsulte ne peut retirer aucun avantage. Ce droit, pourtant, n'est rien autre chose que l'ensemble des règles déduites de la nature et de la destinée de l'homme. Je crois que l'intelligence du Code civil a pour le moins autant à gagner à cette étude qu'à savoir comment on succédait au Wehrgeld, qu'à connaître la différence du Faderfium et du Morgengabe, ou qu'à rechercher quelle fut au moyen âge la condition des serfs fiscalins.

Il faut bien le dire : Nithard, Frédégaire, le moine de Saint-Gall, et même Caïus, n'apprendront jamais ni à faire des lois ni à les comprendre. Ce sont choses dont le règne est fini. L'école historique a produit parmi ses derniers élèves une secte de jurisconsultes-antiquaires, suivant qui le secret de notre législation serait dans les formules de Marculfe, comme le beau idéal du droit romain dans les actions de la loi. Ne leur demandez pas la solution d'une question dans laquelle sont engagés les principes du bon sens; ils sont peu accoutumés à raisonner. Mais ils discourront avec complaisance sur l'*emptor familiæ*, sur l'*ager censui censendo*, et sur la différence du *sacra-*

mentum et de *l'injectio manûs*. Aulugelle se moquait déjà de son temps des jurisconsultes qui prétendaient restaurer le droit des Aborigènes et des Faunes [1]. Et qui ne sent, en effet, que si l'on parvenait à refaire la loi des XII tables, il n'y a pas de raison pour ne pas vouloir remonter ensuite au code de Numa et à celui de la guerre de Troie!

Que l'on ne pense pas cependant que je fais peu de cas de l'école historique. J'admire et j'honore autant que personne les travaux des Savigny, des Eichhorn, des Giraud, et ceux même de M. Laboulaye, dont j'ai combattu à regret certaines idées. J'honore ces travaux comme ceux d'historiens infatigables qui ont projeté une vive lueur sur des époques mal étudiées, sur des parties tout-à-fait négligées de la vie des peuples. Leur place est à côté des Guizot et des Thierry. Mais à chacun sa part dans le domaine de l'intelligence. A eux le champ des conquêtes historiques! Qu'ils veuillent bien, de leur côté, ne pas déposséder les jurisconsultes de l'humble patrimoine auquel ils restreignent leur ambition!

La jurisprudence, n'a pas, comme Janus, le visage tourné en arrière. Elle marche, elle regarde en avant. La scission du passé et de l'avenir est accomplie. Ce n'est pas en remuant des cendres mortes, que nous trouverons le symbole des progrès qui restent à faire. C'est dans le cœur, c'est dans la raison de l'homme, c'est dans son état présent, qu'il faut le chercher.

[1] Noct. att., lib. XVI, ch. 10, § 7.

CHAPITRE XVI.

De l'Ecole rationaliste.

L'école rationaliste, développant les idées semées par Kant, considère le droit comme un produit de la raison pure, étranger par conséquent aux notions résultant de l'expérience. La raison de l'homme étant la même partout, le droit est aussi le même dans tous les temps, dans tous les lieux. Chaque institution a donc une forme typique créée par notre intelligence, et meilleure que toutes les autres, absolument parlant. Si les lois humaines présentent tant de contrastes, c'est qu'elles s'écartent du droit rationnel, toujours invariable.

« Le droit de la nature, a dit M. de Rotteck, est-il partout et toujours le même? Commandait-il aux anciens Egyptiens, aux Juifs, aux Perses, aux Grecs ou aux Romains, ce qu'il commande aux Allemands, aux Français et aux Anglais d'aujourd'hui? Parle-t-il le même langage aux hordes du désert et aux nations du monde civilisé? Dicte-t-il les mêmes lois aux peuples chasseurs et aux peuples nomades, aux peuples agricoles et aux peuples commerçants, aux Allemands de César et de Tacite, à ceux de Charlemagne, à ceux d'Hohenstauffen, à ceux de Luther, et

à ceux de notre époque constitutionnelle? Les Samoïèdes, les Hindous, les Nègres, les Chinois, les Parisiens, les Turcs, les Russes, les Hottentots, les Bédouins, et les habitants des palais de la Tamise, ont-ils, en un mot, le même droit naturel? — Nous n'hésitons pas un instant à répondre : Oui![1] »

Selon M. de Rotteck, il n'y a pas deux droits, comme il n'y a pas deux logiques, deux géométries. La raison des Allemands, des Français et des Nègres est la même; leur droit est le même aussi.

Pour les époques de même que pour les races, ce qui n'est pas bien aujourd'hui n'était pas bien il y a deux mille ans, qu'on l'applique au despotisme ou à la théocratie en droit public, comme à l'esclavage en droit privé. Le droit pouvait être ignoré; certains préjugés pouvaient en rendre l'application impraticable. Mais ces préjugés eux-mêmes n'étaient pas dans l'ordre moral. Le droit était le même au commencement des siècles qu'à présent.

Il ne peut donc pas être question, pour l'école philosophique, de droit progressif ou d'état transitoire, si ce n'est en fait. Les lois humaines seules peuvent se perfectionner en se rapprochant plus ou moins de ce type immuable qui constitue le droit rationnel. Quant à ce droit, il ne se distingue pas plus en droit parfait et en droit imparfait, qu'on ne distingue la

[1] ROTTECK, *Droit de la Raison*, tom. I, p. 64. — Par le mot de *droit de la nature*, M. de Rotteck entend ici le droit rationnel, qu'il n'en distingue pas dans son livre.

ligne droite en ligne très-droite, en ligne moins droite et en ligne tout-à-fait courbe.

Les écrivains de cette école se caractérisent par leur peu de confiance dans les faits historiques, et par leur tendance à restreindre la part de la contingence, l'influence des conditions extérieures dans la détermination du droit[1]. Ils croient que le philosophe peut tirer de son cerveau un patron de législation complet, susceptible de s'adapter aux circonstances de tous les peuples. Ils font remarquer avec raison que les législations positives se rapprochent de plus en plus de l'uniformité, par l'ascendant que prend tous les jours la vraie philosophie.

Tout en exagérant souvent ses doctrines, cette école paraît partir d'un principe infiniment plus vrai que celui de l'école historique. Néanmoins, je crois que la vérité ne se trouve que dans une transaction.

[1] On raconte que Daguesseau, jeune encore, était occupé à lire Thucydide, lorsqu'il fut surpris dans cette lecture par Malebranche, qui lui reprocha de s'amuser, comme un enfant, à étudier des faits accidentels qui pouvaient être ou ne pas être, au lieu de s'appliquer aux grandes vérités, aux vérités nécessaires de la philosophie. C'est à peu près ce que paraissent penser les philosophes rationalistes de l'école de Kant.

CHAPITRE XVII.

Transaction entre les deux Ecoles.

La vérité se trouve rarement dans les systèmes absolus. L'école historique dénie à la raison le pouvoir de déterminer d'elle-même les institutions qui doivent régir les peuples; elle nie que le droit soit un, qu'il soit le même en tous lieux. Elle limite la sagesse de l'homme à l'interprétation des lois existantes, produit inerte du passé. Nous avons fait ressortir la fausseté de ce système.

Quant à l'école rationaliste, elle a raison de croire à l'existence de lois universelles; mais elle a le tort d'abstraire l'humanité de l'homme, en le réduisant à la condition d'un être aérien, gouverné par l'impératif catégorique. Elle néglige trop l'élément variable, résultant des circonstances extérieures. Elle se berce en vain de la chimère d'une législation cosmopolite. De là ces traités dont on a contesté l'utilité, non sans quelque raison, tant ils planent dans les sublimités de la métaphysique! Que peuvent nous apprendre ces élucubrations d'une philosophie si délicate qu'elle ne veut point prononcer le nom de la vente, parce que la vente présuppose l'invention de la monnaie, c'est-à-dire une donnée expérimen-

tale [1]. Le droit, pourtant, n'est pas fait pour régner dans la solitude de la conscience, mais pour régir les hommes vivant, agissant sous l'empire des circonstances qui les entourent.

La philosophie du droit, pour devenir une étude profitable, doit prendre l'homme comme il est, avec ses besoins plus ou moins factices, avec son degré de civilisation plus ou moins grand.

Pourtant, gardons-nous d'en conclure l'absence de toute vérité juridique absolue. Les détails varient, les grands principes sont inébranlables. Ce n'est point par une loi capricieuse que le mariage est établi ou que les biens du père sont transmis à ses enfants. La famille est un fait supérieur aux combinaisons des législateurs. Les lois qui l'affaibliraient ou qui la détruiraient seraient des lois mauvaises, toujours et partout.

Ceux qui croient aux métamorphoses continuelles du droit, ont demandé si les meilleures lois aujourd'hui auraient été les meilleures dans les siècles passés. Mais je ne vois rien d'embarrassant dans cette question qu'on a posée comme un piége. Sans doute, il y a des lois qui produisent aujourd'hui de bons résultats, et qui autrefois n'en auraient produit que de mauvais ou qui même auraient été impraticables, parce que les hommes n'étaient pas assez éclairés pour les recevoir. Mais cela prouve-t-il

[1] C'est ce que prétend Schmalz dans sa *Science du Droit naturel* (Wissenschaft des natürlichen Rechts, Leipzig 1831), p. 80.

que ces lois n'étaient pas excellentes ? Cela prouve bien plutôt qu'il fallait s'efforcer de faire pénétrer la lumière dans les esprits, afin de les préparer à un régime plus conforme à la saine raison. En attendant, le devoir du législateur, s'il était au-dessus du niveau des intelligences, était d'atténuer le mal par degrés, et de se rapprocher le plus possible de ce bien absolu, type idéal des institutions.

Sans doute, l'architecte qui veut construire une maison doit sonder préalablement le sol, et la faire pour ceux qui doivent l'habiter. Mais on n'a jamais prétendu qu'il n'y avait aucune règle générale dans l'architecture. Il y a des lois constantes qui forment la philosophie de cet art, et c'est même l'une de ces lois que de savoir mettre une construction en harmonie avec les besoins de ceux à qui elle est destinée.

A mes yeux, la vraie philosophie du droit est celle qui fait la part exacte de la raison pure et de l'expérience, qui sait mesurer la juste influence de la nature immuable de l'homme et des diverses circonstances sociales. Le philosophe qui ne compte que sur sa raison est sujet à s'égarer; les déductions qu'il tirera seront contestées et contestables. Au contraire, l'étude des faits, leurs résultats dans le passé, le raffermiront dans sa route; plusieurs genres d'études lui prêteront un secours puissant. De ce nombre sera en premier lieu l'histoire, ensuite l'étude des législations comparées, celle de la statistique, quelquefois celle de la physiologie naturelle. Il ne faut rien négliger, rien mépriser. L'expérience, qui fait la base de la sa-

gesse, ne saurait être étrangère à la connaissance des lois.

Un philosophe, raisonnant en pure doctrine, prétendit établir que les enfants naturels, n'étant pas coupables de l'irrégularité de leur naissance, avaient le même droit que les enfants légitimes à l'hérédité de leurs pères et mères [1]. Il y eut un pays, dans le moyen âge, qui avait mis par avance en pratique cette maxime de Wolff; c'est le Portugal, où les bâtards étaient appelés à la succession concurremment avec les enfants issus du mariage [2]. Veut-on savoir l'effet de cette loi sur la moralité publique? Je vois que dans les autres pays le nombre des naissances illégitimes est plus ou moins élevé comparativement à celui des naissances légitimes. Mais à Oporto les enfants naturels sont en majorité (180 naturels contre 170 légitimes) [3].

N'est-on pas fondé à conclure de ce rapprochement,

[1] WOLFF a posé ce principe dans ses *Institutions du Droit de la Nature*, nº 945 : « *Liberis imputari nequit quod ex concubitu illegitimo nati sunt; quoniam itaque nulla datur differentia inter liberos legitimos et ex concubitu illicito natos, naturaliter ex illicito concubitu nati æquale jus habent ad hæreditatem parentum suorum cum liberis ex justis nuptiis natis.* »

[2] « Se algum homer houver ajuntamento com alguna mulher solteira, ou tiver huma manceba, não havendo entre elles parentesco ou impedimento, porque não possãos ambos casar, havendo de cada huma dellas filhos, os taes filhos são hovidos por naturaes. E se o pay for pião, succederle hão, *e virão a su herança igualmente com os filhos legitimos*, se o pay os tiver. » (*Ordenaçoes e Leys do Reyno de Portugal*, IV, 92 pr.)

[3] SCHOEN, *Statistique générale*, p. 125 et suiv.

que l'égalité entre les enfants légitimes et les bâtards serait une atteinte funeste portée au mariage?

Une autre idée présentée quelquefois comme salutaire, est celle des arbitrages de famille qu'on a prétendu substituer à la juridiction des tribunaux entre proches parents, au moins pour certaines espèces de litiges. Quoi de plus propre en apparence à entretenir la bonne harmonie entre personnes du même sang, à étouffer promptement des causes de discorde, et à épargner des frais ruineux! Mais si nous nous approchons de l'histoire, nous voyons les statuts de plusieurs de nos provinces essayer vainement d'établir l'arbitrage entre parents, alliés et conjoints, *pour restreindre la désordonnée habitude de plaideries, dont procèdent grandes inimitiés et dépenses de plusieurs volontaires plaideurs* [1]. Nous voyons nos rois lutter en faveur de la même institution, sans jamais pouvoir parvenir à l'acclimater [2]. En 1790, les tribunaux de famille se relèvent avec tant d'autres utopies; mais quatre ans après ils succombent sous le désenchantement universel [3]. Que conclura le jurisconsulte de

[1] V. les *Statuts de Provence*, et le Commentaire de Julien, tit. I, p. 350 et suiv.

[2] François II, par édit de 1560, crée les tribunaux de famille pour les causes de partages, de dots, douaires, administrations, comptes de tutelle, etc. — L'ordonnance de Moulins renouvelle cette disposition, qui n'est jamais exécutée. Henri IV fut empêché par la mort de présenter au parlement un nouvel édit qui devait étendre beaucoup cet arbitrage. (V. *Mémoires de Sully*, tom. VII, p. 288.)

[3] V. la loi du 24 août 1790, art. 12 et suiv. — V. aussi Boncenne, *Introduction à la Procéd. civ.*, p. 302.

ce fait historique? Que si cette idée se représentait, il faudrait être circonspect à l'accueillir. Et en effet, la justice calme, régulière, inflexible des tribunaux vaut mieux que l'*æquum et bonum* des personnes étrangères aux affaires.

Il faut donc, sans nier les règles générales incontestables, tenir compte des faits, qui éclairent puissamment la route de toutes les sciences. Il faut accepter l'histoire comme auxiliaire; mais il faut réserver la part principale à la raison, qui seule perçoit et généralise les résultats. Tel est le système qui paraît celui du sens commun, et que j'appellerai philosophique, parce qu'il repose sur la vérité, en dehors de laquelle ne saurait être la vraie philosophie.

Au surplus, la force des choses l'emporte sur les systèmes. On a beau vouloir que le droit ne soit pas une science philosophique, c'est-à-dire une science de la raison: on ne peut pas détruire la réalité. Aussi, en dépit de toutes les théories, voit-on les partisans des deux écoles, quand ils arrivent à discuter les questions de droit, procéder absolument de la même manière. L'adversaire le plus chaud de l'école historique, le savant Gans, dans son *Droit de Succession* [1], a consacré les quatre premiers volumes à exposer le droit indien, le droit chinois, le droit mosaïque, le droit romain, le droit scandinave, le droit espagnol, sans avoir pu conduire jusqu'à l'issue du moyen âge

[1] GANS, *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung.* (4 vol., 1824-1835.)

cet admirable monument de science et de sagacité. C'est ce qu'on appelle en Allemagne traiter le droit à la manière philosophique.

Au contraire, M. de Savigny, dans son grand ouvrage sur le droit romain actuel[1], a quitté les hauteurs des actions de la loi pour traiter le droit romain au point de vue de son application pratique. Il y discute même les Novelles de Justinien; il compare les dispositions des Pandectes avec celles du Code civil français, ou avec le droit municipal de la Prusse. C'est un grand pas en arrière fait par l'école historique; les partisans du droit philosophique n'agiraient pas différemment.

On peut donc croire que cette longue dispute porte plus sur les mots que sur les choses. Les théories de l'école historique n'étaient sans doute qu'un drapeau par lequel on essayait de justifier beaucoup de recherches plus utiles en philologie ou en archéologie qu'en jurisprudence. Un fait est vrai dans tout ceci : c'est que le droit dérive avant tout de la raison, mais que l'on ne doit pas nier l'utilité des recherches historiques, parce que la raison elle-même ne s'éclaire jamais mieux que par l'expérience.

[1] *System des heutigen rœmischen Rechts*. Berlin, 1840-1841. — Cinq volumes ont déjà paru.



CHAPITRE XVIII.

De l'Influence des Circonstances extérieures sur le Droit.

Nous n'avons pas nié l'influence des circonstances extérieures sur les institutions. Nous avons reconnu un droit immuable qui s'imposait à tout législateur; mais nous avons aussi reconnu dans le droit positif des éléments variables au gré de certaines causes qu'il s'agit de préciser. Ces causes ne changent pas la nature du bien et du mal; mais souvent elles poussent les hommes dans la voie d'institutions bonnes ou mauvaises que la raison doit tendre à régulariser.

Voici, parmi ces causes, celles qui exercent le plus d'action sur la forme du droit.

§ I.

Le Genre de Vie.

L'étude de l'histoire nous apprend que les peuples passent par certaines phases successives que l'on peut réduire à quatre : 1° l'état sauvage ou des peuples chasseurs; 2° l'état nomade ou des peuples pas-

teurs ; 3° l'état agricole ; 4° l'état commercial ou industriel.

Ces divers degrés de la vie sociale ont plus d'influence sur les mœurs que sur le droit. Quelques-uns d'entre eux ont pour effet ordinaire de produire, sans les légitimer, des institutions qui sont plutôt des écarts du droit naturel que des applications de ce même droit. On peut faire à ce sujet les remarques générales suivantes.

Etat sauvage. Cet état, où les hommes vivent de la chasse ou de la pêche, est celui où ils tiennent le moins les uns aux autres. Le pouvoir despotique y est impossible; la puissance paternelle n'y est pas fortement organisée. Peu ou point de propriété immobilière. Une lieue carrée suffit à peine à la nourriture d'un sauvage; mais la tribu possèdera en commun de vastes cantons où elle s'attribuera seule le droit de chasser. Comment connaîtrait-on alors les usufruits, les hypothèques, et tous ces produits d'un droit perfectionné? Les hommes, dans cet état, ne peuvent ni beaucoup acquérir ni beaucoup perdre : ils seront donc hospitaliers, et feront de l'hospitalité une vertu, même un devoir légal. Ils ne connaîtront pas la polygamie. A peine l'autorité des anciens de la tribu leur représentera-t-elle l'image d'un tribunal. Le combat sera le moyen le plus ordinaire de terminer les différends.

Etat nomade. L'éducation des troupeaux forme ensuite la principale industrie des peuples qui s'humanisent. L'ignorance de la culture les oblige à mener

une vie errante de pâturages en pâturages. Déjà s'introduit, avec l'idée de la richesse mobilière, celle de l'autorité, de la domination : le père a besoin de ses enfants pour l'assister dans les soins que réclament les troupeaux; la famille prend de la consistance. La même cause amène généralement l'esclavage, et par suite la polygamie. Les guerres éclatent pour la possession des pâturages et des fontaines. Elles cimentent l'union des tribus par le besoin de la défense commune. L'autorité despotique d'un seul s'introduit facilement à l'image de la puissance paternelle.

Dans ces deux premières phases, l'état n'est pas encore assez formé pour organiser le droit de punir dans toute son étendue. La peine capitale est ignorée; l'idée de la prison ne peut pas même se présenter. Le bannissement du coupable est la peine la plus grave, ensuite les amendes et quelques punitions corporelles. L'estime que l'on fait des délits se mesure sur l'état de la société [1].

Etat agricole. La troisième station de l'humanité, dans l'état agricole, est celle qui opère dans ses habitudes la plus profonde métamorphose. L'homme se fixe sur le sol; le prix de la propriété immobilière se révèle à lui. La borne se dresse au coin de chaque héritage dont l'agrimensor a mesuré les limites.

[1] D'après la Pravda Rouska, ancien code russe qui date du XIIIe siècle, le vol d'un cheval était puni de l'exil, la plus grave des peines que ce code prononcât. Priver un Russe de son cheval à cette époque, c'était presque le tuer. (V. Ewers, *das ælteste Recht der Russen*, Dorpat 1826, p. 264 et 318.)

Au lieu de tentes s'élèvent des maisons, au lieu de campements, des villages. Les modes de transmission de la propriété se chargent de formes protectrices. Qu'un peuple pasteur ou chasseur fonde sur cette société paisible ; qu'il s'implante au milieu d'elle en la dépossédant par la conquête : alors on verra naître une grande inégalité dans la propriété. Les anciens possesseurs, réduits à l'état d'esclaves ou de serfs, subiront le joug féodal. Mais cet état sera lui-même un acheminement à la formation de vastes cités et de nations puissantes.

Etat commercial. Quand la culture ne suffit plus à occuper la population qui s'est augmentée, les bras oisifs tirent parti de leur activité par l'industrie. Les uns fabriquent les objets de nécessité ou de luxe ; les autres écoulent l'excédant des produits vers des peuples moins favorisés. Les rapports sociaux se compliquent de plus en plus, et avec eux le droit qui les règle. Le commerce répand partout le bien-être ; mais il répand aussi l'amour du bien-être et la disposition à tout faire pour se le procurer. Il détache les hommes de la terre, dont l'influence est si moralisante ; il rend nécessaire une circulation plus rapide des biens ; il tendra donc à simplifier les formes des aliénations, dût-il compromettre la dot des femmes, l'avenir des enfants, la sécurité des familles.

C'est le commerce qui crée ces immenses cités où les hommes s'entassent et redeviennent étrangers les uns aux autres à force de cupidité et d'égoïsme. Au milieu de ces vastes solitudes humaines, sur lesquel-

les pèse une civilisation factice, l'amour du gain communique seul une sorte de vie électrique à ces automates inquiets, devenus de pures machines à produire. L'instinct moral paraît se perdre chez l'homme qui n'est plus en relation avec la nature. Pour beaucoup d'entre eux, la machine du supplice devient la seule religion dans laquelle ils conservent quelque foi.

§ II.

Le Climat.

« Donnez-moi la carte d'un pays, sa configuration, son climat, ses eaux, ses vents et sa géographie physique, a dit un éloquent professeur; donnez-moi ses productions naturelles, sa flore, sa zoologie, et je me charge de vous dire quel sera l'homme de ce pays, et quel rôle ce pays jouera dans l'histoire [1]. »

Pourtant la flore, la zoologie, la configuration géographique de l'état romain étaient les mêmes il y a deux mille ans qu'aujourd'hui. C'est le même soleil qui brille sur le Colysée; c'est le même vent qui soulève la poussière du Forum. Mais le rôle que joue le peuple romain dans l'histoire n'est plus celui des Scipions et des Césars.

Le climat exerce sans doute une influence sur les institutions. Montesquieu a fait de cette idée la base

[1] Cousin, *Cours de Philosophie*, 1828, VIIIe leçon, p. 17.

de son livre; mais en la développant avec génie, il a eu le tort de l'exagérer beaucoup. Le froid ou le chaud ne fait pas le juste et l'injuste, et le droit ne dépend pas du plus ou moins de tension des fibres d'un peuple [1]. Ces circonstances peuvent seulement déterminer des habitudes de vie et des institutions, mais sans préjuger leur légitimité. Ainsi, dans les pays froids, on sent davantage le besoin des choses, dans les pays chauds celui des hommes. Au Nord il y aura donc plus de travail, plus d'industrie, plus de commerce; au Midi, l'homme qui se repose et qui se fait servir, aura des esclaves; ces esclaves seront eux-mêmes en grand nombre, parce que chacun travaille peu.

Cette cause, jointe à une sensualité plus grande et

[1] J'ai quelques doutes, je l'avouerai, sur un système qui fait reposer la théorie du droit sur les données physiologiques suivantes: « La force des fibres des peuples du Nord fait que les sucs les plus grossiers sont tirés des aliments. Il en résulte deux choses: l'une, que les parties du chyle ou de la lymphe *sont plus propres, par leur grande surface, à être appliquées sur les fibres et à les nourrir;* l'autre, qu'elles sont *moins propres, par leur grossièreté, à donner une certaine substance au suc nerveux.* Ces peuples auront donc de grands corps et peu de vivacité.

» Les nerfs, qui aboutissent de tous côtés au tissu de notre peau, font chacun un faisceau de nerfs: ordinairement ce n'est pas tout le nerf qui est remué, *c'en est une partie infiniment petite.... La sensation ne passe guère au cerveau que lorsqu'elle est extrêmement forte, et qu'elle est de tout le nerf ensemble;* mais c'est d'un nombre infini de petites sensations que dépendent l'imagination, le goût, la sensibilité, la vivacité.

» J'ai observé le tissu extérieur d'une langue de mouton dans l'endroit où elle paraît, à la simple vue, couverte de mamelons.

à la caducité précoce des femmes, y acclimatera facilement la polygamie; l'indolence propre au climat rendra le pouvoir absolu plus naturel, et l'oppression plus aisée à supporter.

Quelques lois, enfin, devront nécessairement changer selon les latitudes; telles que celles qui se mesurent sur le développement physique de l'espèce, soit pour fixer l'âge légal du mariage, soit pour déterminer la majorité.

Mais ce n'est pas ainsi que procèdent ceux qui construisent des systèmes. Voyant la polygamie ou le despotisme régner plus fréquemment dans les régions méridionales que dans les climats tempérés, ils en ont conclu qu'aucun de ces régimes ne l'emportait sur l'autre, mais que tout se réduisait à une question de thermomètre. On fait ainsi du droit une science de

J'ai vu avec un microscope, sur ces mamelons, de petits poils ou une espèce de duvet; entre ces mamelons étaient des pyramides qui formaient par le bout comme de petits pinceaux. Il y a grande apparence que ces pyramides sont le principal organe du goût.

» J'ai fait geler la moitié de cette langue de mouton, et j'ai trouvé, à la simple vue, les mamelons considérablement diminués; quelques rangs même de mamelons s'étaient enfoncés dans leur gaîne.. .. Cette observation confirme ce que j'ai dit, que, dans les pays froids, les houppes nerveuses sont moins épanouies. Elles s'enfoncent dans leurs gaînes, où elles sont à couvert de l'action des objets extérieurs. Les sensations sont donc moins vives. » (*Esprit des Lois*, liv. XIV, ch. 2.)

Je ne sais ce qu'en penseront les médecins; mais j'ai peine à croire que ce soit de tout cela que dépende la science du juste et de l'injuste.

fatalisme, sans même se soucier des démentis que l'on reçoit de l'observation des faits [1].

§ III.

Les Races.

Sans discuter s'il faut reconnaître cinq races distinctes dans le genre humain, avec Blumenbach [2], ou porter ce nombre à quinze, avec Bory de Saint-Vincent [3]; sans examiner si, comme le croyait le premier de ces naturalistes d'accord avec Buffon, toutes ces variétés proviennent de la souche caucasienne dégénérée, ou si elles ont une origine différente, je crois que l'influence des races sur le droit est plus que contestable. Les oppositions que l'on remarque

[1] En veut-on la preuve? Montesquieu a bâti tout un système sur la Chine, dans la supposition que le climat en était brûlant. Mais voici qu'un voyageur qui avait visité le pays, vient démentir son hypothèse: « Tout ce que dit de la Chine cet éloquent et ingénieux écrivain, dit Barrow, et principalement ce qui a rapport au climat, est absolument inexact, et les conséquences qu'il en tire sont fausses... La Chine jouit d'un climat tempéré d'un bout de l'empire à l'autre. » (Barrow, *Voyage en Chine*, t. I, ch. 4.) D'après cela, comme l'a observé M. Comte, les Chinois, pour être fidèles au système de Montesquieu, devraient être le plus inconstant et le plus changeant de tous les peuples.

[2] Ces cinq races sont: la race caucasienne (à laquelle nous appartenons), la race mongole, la race éthiopienne, la race américaine, et la race malaie.

[3] Dans le *Dictionnaire classique d'Histoire naturelle*, v° HOMME.

dans leurs mœurs, dans leurs lois, tiennent sans doute au climat et à leur degré de civilisation. La raison des nègres n'est pas différente au fond de celle des blancs, lors même que leurs facultés intellectuelles seraient inférieures aux autres, comme on l'a prétendu. Cette infériorité, sur laquelle les avis se combattent, ne paraît pas assez marquée pour introduire de grandes variations dans le régime légal [1].

§ IV.

Les Religions.

Les religions peuvent subir elles-mêmes le contrecoup des circonstances que nous venons d'exprimer; mais, une fois établies, elles agissent plus que toute autre cause sur les institutions. Les législateurs primitifs fondirent souvent le droit avec le dogme pour assurer le respect de l'un par l'empire de l'autre. Chez les Hindous, chez les Juifs, et encore aujourd'hui chez les Turcs, le Code civil n'est pas distinct

[1] On est péniblement affecté lorsqu'on lit dans les codes du Nouveau-Monde des dispositions pareilles à celles-ci : « Les personnes libres et les esclaves ne peuvent contracter mariage ensemble; la célébration de ces mariages est défendue, et le mariage est nul. *Il en est de même du mariage des blancs ou blanches avec les personnes de couleur libres.* » (Code de la Louisiane, art. 95.) — Ou bien encore : « Le témoin qui est parent de l'une des parties jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale, ou à ses gages, *ou de couleur libre*, n'est pas reprochable. Mais sa déposition ne mérite pas le même degré de confiance. » (Art. 2261.)

du Code religieux. Ce sont les religions qui créent d'ordinaire les castes jouissant d'un droit privilégié dans l'état, et qui seules ont le crédit de les maintenir. Quoique la tendance marquée des modernes soit de séparer complètement le domaine de la religion de celui du droit, il est inévitable que le législateur se laisse dominer en beaucoup de points par les idées religieuses.

§ V.

Forme et Grandeur du Pays.

Dans les petits états, il y aura des formes plus paternelles, soit dans l'exercice du pouvoir, soit dans l'administration de la justice : car plus l'état est petit, plus il se rapproche de la famille. Au contraire, les grandes sociétés ont besoin d'une direction plus ferme et plus concentrée. La multiplicité des affaires réduit le droit à l'état de formule, afin que la machine judiciaire puisse fonctionner mécaniquement, c'est-à-dire vite. Etre expéditif est la première nécessité. De là le besoin de règles inflexibles qui assurent au moins à tous l'égalité de traitement devant la loi.

En Islande, au moyen âge, quand un débiteur mourait, ses créanciers n'avaient que huit jours pour se faire payer [1]. Voilà une loi qui ne pouvait exister

[1] Ainsi le décidait le Jòns Bòk (p. 115), vieille loi promulguée en 1280 par Magnus Lagabætir.

que dans une île de peu d'étendue, perdue dans un océan inhospitalier, sans relations et sans commerce avec le dehors.

§ VI.

Le Hasard.

Quest-ce que le hasard? L'homme appelle ainsi d'ordinaire l'action d'une cause qu'il ne connaît pas. J'entendrai, si l'on veut, par ce mot la volonté plus ou moins capricieuse du législateur qui décrète des lois destituées de motifs raisonnables. On a beau faire, on a beau se fatiguer pour imaginer une raison à tout. Les Romains étaient plus sages, quand ils avouaient leur impuissance à signaler l'origine de plusieurs de leurs institutions [1].

Il en coûte à la science d'être humble. Les systèmes historiques surtout hésitent à reconnaître l'empire du hasard dans les lois : ils préfèreraient tout expliquer par des influences externes; et plus le fait est anormal, plus leurs conjectures sont ingénieuses. Mais il ne serait pas difficile d'apporter nombre d'exemples devant lesquels toute tentative d'interprétation échouerait [2].

[1] *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* (Julien, l. 20, de Legib. D.)

[2] Qu'on explique, si l'on peut, pourquoi, en Bretagne et dans le pays de Galles, le fils cadet jouissait d'un préciput par droit de juveigneric; tandis que dans toutes les autres provin-

§ VII.

La Culture intellectuelle.

Une circonstance qui influe bien plus que toutes les autres sur la législation d'un peuple, est sa culture intellectuelle. L'art de l'écriture à lui seul, en se répandant, causa une révolution dans le droit comme dans les idées des hommes.

Qu'est devenue l'expérience des vieillards depuis que chacun sait lire et écrire? Nestor avait vécu l'âge d'un chêne; Ulysse avait vu les mœurs et les villes de beaucoup de nations. Ressuscitez-les: un enfant sera plus savant qu'eux en histoire et en géographie. On s'instruisait autrefois près des vieillards; on le fait aujourd'hui près des livres. L'écriture a détruit le prestige des cheveux blancs.

ces de France ou d'Angleterre, la loi favorisait l'aîné. V. l'Usance de Rohan, art. 17; Wotton, *Leg. wall.*, lib. II, c. 12.

Qu'on explique pourquoi, dans ces mêmes lois du pays de Galles rédigées par Hywel-Dda au X[e] siècle, lorsqu'une femme est répudiée par son mari pour cause de mœurs, elle doit prendre la queue d'un taureau, préalablement graissée, et, si elle s'y tient bon, par-là elle se justifie et gagne son douaire; si elle lâche prise, elle est réputée convaincue. (*Leg. wall.* II, 17.)

Qu'on explique encore pourquoi, en Allemagne, les décisions de la diète impériale n'étaient exécutoires que du moment de la clôture de la diète (de là leur nom de *Reichsabschiede*, congés de l'empire); tandis qu'en Angleterre, jusqu'à ces dernières années, les bills du parlement étaient exécutoires à dater du premier jour de la session, c'est-à-dire avant qu'ils ne fussent rendus.

Dans le droit, dès que l'instruction se répand, contrats, transmission de la propriété, preuves juridiques, tout prend une face nouvelle. L'état civil des hommes s'affermit; de nouveaux crimes s'inventent[1]; la bonne foi elle-même perd son prix, ou du moins on trouve à la remplacer[2].

Mais, outre cette action en quelque sorte mécanique, la culture intellectuelle en exerce une autre, incessante, inéluctable, qui a fait à elle seule plus que tout le reste pour le perfectionnement du droit. Je veux parler de ces idées de justice naturelle, de ce respect de l'égalité humaine qui se développe dans la conscience, à mesure qu'elle s'éclaire.

Le respect de la personnalité de l'homme a toujours été en grandissant. Ce fait s'est manifesté dans les lois par une progression constante, surtout en substituant l'autorité de la raison au droit du plus fort.

L'esclavage s'est effacé par le fait des maîtres eux-mêmes, qui ont cessé d'avoir foi dans leur droit.

Dans le mariage, la femme a cessé d'être l'objet d'une vente; elle est devenue l'égale de l'homme, autant que sa condition le comporte.

Dans le droit criminel, les peines se sont adoucies: le nom seul de ces supplices qui attristent les annales du moyen âge nous indigne et nous fait frémir.

Dans le droit public, les inégalités sociales ont disparu, les conditions se sont rapprochées, et le

[1] Le crime de faux.

[2] *Marcus dixit : Ita est. — Adsigna, Marce, tabellas !*
(Pers.)

dogme de l'égalité s'est enraciné de plus en plus dans la conscience de l'humanité.

Des circonstances accidentelles peuvent hâter ou retarder l'avènement de chacun de ces principes; mais ils apparaissent inévitablement là où les lumières se répandent. La conscience de l'homme est partout la même, quoi qu'on en dise; et dès qu'elle se dégage des nuages de la barbarie, elle retrouve en elle-même le type primordial de la justice. C'est la grande cause qui fait tendre toutes les législations à l'uniformité, symptôme le plus évident du progrès dans le droit comme en toute chose [1].

CHAPITRE XIX.

De l'Influence des Lois sur les Mœurs [2].

Nous venons de déterminer dans le chapitre précédent l'influence des circonstances externes sur les

[1] Je lis dans l'*Encyclopédie juridique* de Falck (trad. Pellat, p. 24), qu'*en général on ne peut méconnaître une tendance à l'universalité, mais à une plate universalité*. J'avoue que je ne vois pas pourquoi l'universalité du droit serait plus plate que l'universalité de la géométrie.

[2] Je n'ai voulu, dans ce chapitre, qu'esquisser les grands traits d'un sujet immense. On peut consulter l'écrit de M. Matter, couronné par l'Académie française, sous ce titre : *De l'Influence des Mœurs sur les Lois, et de l'Influence des Lois sur les Mœurs.* Paris, 1832.

mœurs, et, par suite, sur les lois qui en subissent le contre-coup. La réaction des lois sur les mœurs a été plus contestée; elle est aussi moins sensible, mais cependant il est impossible de la méconnaître.

Tout le monde convient que les institutions, que les formes du gouvernement ont un pouvoir considérable pour encourager les sciences et les arts, pour développer la culture intellectuelle et pour faire fleurir le commerce. Mais c'est de toutes ces circonstances que les mœurs reçoivent leur empreinte. Si la loi produit la cause, elle produit aussi l'effet.

Voyez l'homme tel que l'a fait la théocratie de l'Orient, parqué dans des castes immobiles dont les unes vivent esclaves des autres [1], attaché par sa naissance à la profession de ses pères, emprisonné dans un réseau de lois qui règlent chacun de ses mouvements, qui notent chacune de ses paroles, qui fixent la couleur de ses habits, qui le suivent dans toutes les opérations de la vie, même les plus répugnantes [2]. Manque-t-il à une génuflexion, il est souillé pour tant de jours. A-t-il touché certains animaux, personne ne veut plus le recevoir à sa table. Qui peut s'étonner que l'humanité, ainsi garrottée,

[1] On sait que les lois de Manou établissent quatre castes : les Bramanes (instituteurs religieux), les Kchâtrias (guerriers), les Vaisyas (commerçants ou agriculteurs), et les Soudras. « Le souverain maître n'assigna au Soudra qu'un seul office, celui de servir les classes précédentes, sans déprécier leur mérite. » (*Lois de Manou*, liv. I, v. 91.)

[2] On en trouve de singuliers exemples dans les lois de Manou, liv. IV, 49, et liv. V, 136.

reste sourde à tout progrès? Et faut-il chercher ailleurs la cause de cette immobilité qui frappe le monde oriental[1]?

La féodalité a été chez nous la source de beaucoup de mal et de beaucoup de bien. Elle donna le pouvoir absolu à un petit nombre de hauts barons, possesseurs de vastes campagnes sur lesquelles végétaient d'innombrables serfs taillables à merci. Ceux-ci étaient rançonnés sans pitié dans leurs biens, sacrifiés dans leur personne, pour servir l'ambition des seigneurs, toujours en querelle les uns avec les autres. Des pénalités barbares les maintenaient dans le devoir. De là l'extinction du sentiment de la justice dans les masses, insultées dans leurs sentiments les plus chers; de là la férocité des mœurs. Mais d'un autre côté, la noblesse, par l'orgueil même qui l'animait, donnait l'exemple du courage, des vertus de famille et des dévouements chevaleresques. Les petits les imitaient, comme ils imitent toujours les grands, même quand ils les haïssent: salutaire influence qui sortait, comme une compensation, des maux profonds dont la société du moyen âge était accablée!

A une époque plus voisine de nous, qui pourrait calculer ce que la loi du partage égal des successions

[1] En 1843, Dwarkanât-Tagore, l'un des hommes les plus riches et les plus savants de Bombay, fit un voyage en Angleterre, où il fut parfaitement accueilli de la reine Victoria. Mais à son retour dans son pays, ses proches ne voulurent ni le recevoir, ni répondre à ses invitations, parce qu'il avait contrevenu à la loi en quittant le territoire de l'Inde et en vivant dans la société des infidèles.

a répandu dans la société d'idées démocratiques? Et par-là je n'entends pas ces idées haineuses de réaction et de vengeance contre un passé rempli d'oppression, mais cette conviction calme de l'égalité de tous devant la loi, qui, une fois entrée dans la conscience d'un peuple, ne peut plus lui être arrachée, quoi qu'on fasse. Le premier sentiment, celui de la colère, inspira notre grande révolution. La loi des successions, en divisant les fortunes, a beaucoup fait depuis pour répandre l'esprit d'ordre et d'industrie, et l'amour de la vraie liberté. Aussi est-ce contre cette loi que les gouvernements absolus se débattent. J'en développerai ailleurs les conséquences plus en détail.

On ne niera pas enfin l'influence heureuse qu'exerceront, au moins sur une certaine classe de personnes, l'institution des caisses d'épargnes, qui prend un développement si gigantesque, et les réformes qui se préparent, qui sont même déjà réalisées en partie, dans le régime intérieur des prisons.

Toutes ces circonstances ne permettent pas de révoquer en doute l'action des lois sur les mœurs. Il est vrai qu'on en pourrait citer un grand nombre qui sont restées impuissantes. L'histoire en fournirait tant d'exemples, qu'on peut y choisir au hasard. Quand l'empire bysantin, miné par tous les vices, tombait sous sa propre dissolution, sa constitution politique n'était pas très-différente de ce qu'elle avait été sous Adrien ou sous Marc-Aurèle; sa législation civile avait varié davantage; mais, tranchons

le mot, elle s'était perfectionnée, bien loin de se détériorer, et cependant les mœurs publiques et privées n'avaient cessé de se corrompre. Même phénomène, si nous remontons à la république. Les lois barbares des XII tables avaient toujours été en se complétant, en s'adoucissant, par un progrès lent, mais continu. Chaque jour les préteurs, les jurisconsultes, atténuaient une iniquité, et chaque jour les mœurs, dans leur marche parallèle, mais contraire, allaient perdant de leur pureté primitive.

Ce fait n'a rien qui doive surprendre. Les lois influent sur les mœurs; elles ne les font pas à elles seules. Elles ont une action funeste ou salutaire; mille autres circonstances peuvent combattre cette action et la neutraliser.

C'est ce qu'on vit cent fois pour les lois somptuaires, barrières si souvent relevées, toujours abattues, par lesquelles le législateur tentait d'arrêter l'invasion du luxe et d'empêcher le ramollissement des courages. Mais quand le temps des vertus guerrières est passé, quand la richesse se répand, quand les loisirs se multiplient, il faut que l'humanité s'ouvre de nouvelles routes. Elle emporte avec elle dans sa course les liens impuissants dont on essaie en vain de la charger.

« Vainement couvre-t-on de lois les murs du Portique, s'écriait un orateur ancien : ce n'est point par des décrets, c'est par des principes de justice fortement empreints dans les cœurs, qu'un état est bien

gouverné [1]. » Il peut se faire, en effet, que les lois soient paralysées, quand les mœurs ne les soutiennent pas. C'est la lutte de la vie contre la mort, de l'homme contre la lettre. L'homme reste vainqueur dans ce combat opiniâtre : cela est naturel, surtout quand ceux qui font exécuter la loi connivent avec ceux qui la violent. Mais si la loi ne heurte pas le sentiment général, elle est une des causes les plus actives qui développent dans la société certains instincts, certaines habitudes de vie, certaines passions.

Enfin, il faut aussi, quand on étudie l'histoire, ne pas s'en tenir aux prescriptions apparentes de la loi, sans examiner son esprit et la manière dont elle a été appliquée. Agir autrement, ce serait s'arrêter à l'écorce. Combien d'institutions identiques sur le papier ont produit des résultats opposés, parce que les circonstances n'étaient pas les mêmes, ou parce que les hommes en dérangeaient l'application! Je n'en veux qu'une preuve; elle sera empruntée à l'Irlande. Ce pays a la même constitution que l'Angleterre; il jouit des mêmes lois, des mêmes libertés, du jury, de l'*habeas corpus*. De quoi se plaint-il en apparence ? Mais si l'on va au fond des choses, tous ces privilèges sont à peu près illusoires. L'Irlandais a la loi électorale; mais, par sa misère, il n'est point électeur. Il a le jury; mais ce jury est composé de propriétaires Anglais, qui sont pour lui des ennemis plu-

[1] Paroles d'Isocrate rapportées par M. Matter dans l'écrit cité plus haut, p. 285.

tôt que des juges. Ainsi s'explique comment un régime vénéré en Angleterre, ne produit en Irlande qu'irritation et désespoir [1].

Les hommes dénaturent souvent les meilleurs principes par une exécution mauvaise. Souvent aussi, quand une loi leur est antipathique, loin d'atteindre le résultat qu'elle se proposait, elle l'éloigne ou le rend impossible, par l'esprit de résistance qu'elle provoque dans les masses. Napoléon en fit l'épreuve avec l'Allemagne, quand, non content de la manier et de la remanier dans sa main, d'en disloquer les provinces et de lui imposer des souverains de son choix, il voulut encore lui refaire sa législation. Les lois qu'il lui donnait valaient mieux cent fois que les lois anciennes; mais dans beaucoup de pays elles ne furent pas maintenues après sa chute, parce qu'elles avaient été reçues à contre-cœur, comme une condition de la conquête.

Il y a une action et une réaction continuelle des mœurs sur la loi et de la loi sur les mœurs. Mille forces accessoires favorisent cette action ou la contrarient. Dans les temps de barbarie, quand les hommes éminents font défaut, ce sont les mœurs qui prennent les devants. Le genre humain ne règle pas son pas sur le pas de ceux qui le conduisent. De nouveaux besoins se manifestent dans son sein; il élève

[1] V., sur ces effets si divers d'institutions semblables, le livre de M. de Beaumont sur l'Irlande, *partie* 1[re], *ch.* 2. Ce n'est, au surplus, que depuis 1829 que l'Irlande a cessé d'être soumise à un régime d'exception.

la voix, il réclame des réformes, il faut le satisfaire. Les hommes éminents sont ceux qui pressentent ces besoins intimes de leur époque. Ils la flattent dans ses sympathies; ils lui parlent son langage. Ils savent, en la devançant, l'attirer sur leurs pas; et c'est alors que la loi exerce une influence profonde sur l'esprit public, dont elle accélère la marche, moitié en le secondant, moitié en le transformant.

N'en croyons donc pas les savants qui ont nié le pouvoir de la philosophie sur le droit. Ils ont calomnié l'esprit humain, dont ils étaient les représentants glorieux. L'expérience nous dit au contraire que c'est dans le conseil des sages que les idées nouvelles font leur apparition. Là, elles se discutent, elles s'épurent, elles se dégagent de tout alliage étranger. Quand elles se sont fait reconnaître dans le sanctuaire, elles s'en échappent bientôt par mille issues, et la foule à son tour les accepte. L'esclavage est aujourd'hui aboli, sinon de fait, au moins dans la pensée de toute l'Europe. Ce progrès est-il dû aux esclaves eux-mêmes? Non, sans doute; il est venu d'en haut. Ce sont ceux qui n'ont rien à redouter de l'esclavage, qui l'ont proclamé une injustice, et qui en ont persuadé le genre humain. Certes, c'est là un noble résultat qui montre que le droit gouverne encore le monde, et que la philosophie n'est pas une science stérile, comme on s'est plu à le lui reprocher[1].

[1] Wilberforce a eu plus de part que tout autre dans ce grand

CHAPITRE XX.

Des Rapports de la Loi et de la Religion.

C'est un difficile problème, que de déterminer les rapports de la loi et de la religion. Non que je veuille ici m'occuper de l'église envisagée comme pouvoir spirituel, dans ses relations avec l'état, sujet dont je traiterai dans le livre suivant, en parlant du droit ecclésiastique. Je ne veux pas non plus analyser l'action que peuvent avoir sur la forme du droit les tendances et les idées, fruit de l'éducation religieuse. Je me demande seulement quelle doit être en théorie la part que le législateur doit faire à la religion dans le droit civil. Il y a inévitablement des actions que la loi et la religion sont appelées à régler en commun. Mais laquelle doit céder à l'autre? Le législateur peut-il permettre ce que la religion défend? Peut-il ordonner ce que la religion désapprouve?

Chez les nations primitives, quand les croyances sont jeunes et ferventes, la religion domine la loi; elle lui dicte son langage; elle emprunte le bras séculier

résultat. C'est le même philanthrope qui proposa, en 1800, au parlement anglais d'établir des caisses d'épargnes. Cette idée sommeilla jusqu'en 1810, où elle fut réalisée par un de ses élèves; et l'on sait quel rôle cette institution bienfaisante est appelée à jouer dans l'avenir.



pour courber les consciences sous ses doctrines. Plus tard, l'enthousiasme se calme; des croyances diverses s'établissent. Alors la loi peut bien lutter encore quelque temps pour l'une des religions qui règnent dans la société, mais elle finit par se lasser, et par sentir que prendre parti entre elles est une injustice commise en pure perte.

Quand le législateur veut se prononcer pour un culte contre les autres, il se fait persécuteur, et jusqu'à présent on n'a pas vu les persécutions réussir à étouffer les idées.

Le dogme de la neutralité de la loi en matière religieuse est un dogme tout moderne. S'il eût été proclamé plus tôt, il aurait épargné des flots de sang. Mais peut-être fallait-il que ce sang coulât, et coulât sans profit, pour que les hommes acceptassent enfin ce dogme salutaire, propre à mettre un terme à leurs discordes.

La religion et le droit n'ont pas le même champ d'action. La religion règne dans la conscience; le droit n'enchaîne pas la conscience, mais il pose des limites aux actes extérieurs de l'homme. La religion doit persuader; la loi ne persuade pas, elle contraint. La religion puise ses consolations, ses espérances, ses récompenses et ses peines dans un monde étranger à celui-ci; l'empire de la loi, au contraire, est essentiellement de ce monde. Aux yeux de la religion, les considérations matérielles sont peu de chose; dans le droit, elles sont la chose principale. La religion veut que l'on croie pour que l'on obéisse; tandis que le

droit exige que l'on obéisse, sans se préoccuper des croyances.

Que doit-on conclure de là? Que la religion et le droit doivent poursuivre leur œuvre à côté l'un de l'autre, mais indépendamment l'un de l'autre; que la loi ne doit point commander à la religion, ni la religion à la loi; que l'état, comme pouvoir politique, exerce, il est vrai, sur les actes extérieurs du culte et sur le gouvernement de l'église une action légitime, mais que, lorsqu'il fait la loi, il doit s'abstraire des croyances religieuses, en décrétant ce qui est juste au point de vue purement humain.

Nulle part en Europe la loi ne dit plus: Crois comme moi, ou tu mourras; crois comme moi, ou tu seras banni. Mais il n'est pas plus juste qu'elle dise: Crois comme moi, ou tu ne pourras te marier; crois comme moi, ou tu ne pourras posséder des terres; crois comme moi, ou ton témoignage ne sera pas reçu en justice.

Le législateur doit ordonner pour tous sans distinction ce qui lui paraît bon et utile, sauf à chacun à se conduire d'après ses croyances personnelles.

Il permettra, par exemple, le mariage entre tous les citoyens, quelle que soit la foi qu'ils professent, sauf à ceux qui n'ont pas la même foi à ne pas former d'alliance, si leur conscience y répugne.

Il ne prohibera pas le prêt à intérêt parce que la religion le désapprouve; mais il laissera chacun libre de faire à ce sujet ce qui lui conviendra.

Cependant ce n'est point écarter toute la difficulté. Sans doute, la loi peut permettre ce que la religion

condamne; elle n'attente point alors à la liberté de conscience. Mais peut-elle ordonner ce que la religion défend? peut-elle défendre ce que la religion ordonne? peut-elle, en un mot, se mettre directement en opposition avec elle, en ne laissant aux citoyens que l'alternative de désobéir à l'une ou à l'autre?

Pour répondre à cette question, où la liberté de conscience est directement intéressée, il faut, je crois, convenir d'un principe : c'est que le législateur, placé entre tous les cultes, leur doit à tous protection, mais qu'il ne peut les envisager que comme quelque chose de purement humain : il ne peut pas les réputer tous vrais ni tous faux, ni accorder la préférence à quelques-uns d'entre eux. N'entrant pas dans la question de leur vérité, il ne peut qu'apprécier leurs effets sur la moralité et sur le bien-être des hommes. Mais en même temps, quand il approche des questions religieuses, une considération de prudence doit lui rappeler qu'il touche à l'élément le plus irritable de la société; que cet élément, s'il est blessé, se retournera contre lui, et qu'il arrivera de deux choses l'une, ou bien que la loi aura le dessous dans la lutte, ou bien que, si elle l'emporte, elle provoquera la désaffection, et, dans tous les cas, qu'elle affaiblira les croyances religieuses, qu'il importe tellement de ne pas détruire, même dans un intérêt de pur gouvernement.

Quelque chose est supérieur aux religions, c'est la morale et l'ordre, qu'elles doivent toutes respecter. Quand elles se conforment à cette condition première de leur existence, la loi ne doit pas les heurter de

front, trop heureuse de l'appui qu'elles lui prêtent dans la difficile mission de gouverner les hommes. Elle doit vivre en bonne intelligence avec elles, et ne pas s'aliéner un auxiliaire utile qui exerce sur les opinions une influence puissante, un empire de tous les instants.

Mais, au contraire, suppose-t-on de ces cultes barbares, enfants de l'ignorance d'un autre âge; suppose-t-on de ces cultes, fruits des rêves de quelques novateurs, sans racine dans la société; suppose-t-on, enfin, que les maximes de ces religions soient contraires à la morale, ou qu'elles excitent au désordre: alors la question change; le législateur, qui ne voit en elles qu'un établissement purement humain, ne doit point hésiter à réprimer leurs écarts, pourvu qu'il en ait le pouvoir. Il laissera les sectaires libres de croire ce qu'ils voudront; mais il ne les laissera pas libres de faire le mal, sous prétexte que telle est leur foi religieuse.

Ainsi, aux Indes-Orientales, les Anglais ont certainement le droit de mettre obstacle à ce que les femmes se brûlent sur la tombe de leurs maris, quoique leur religion puisse leur en faire un devoir.

Ainsi encore, chez nous, le pouvoir avait certainement le droit d'empêcher les St-Simoniens de prêcher la communauté des biens et la communauté des femmes. Peut-être même a-t-il poussé la longanimité bien loin avant de s'y opposer. En définitive, la question nous semble devoir se résoudre par des considérations de prudence. C'est en ce sens que le légis-

lateur doit être athée. Il ne doit pas, dans ce qu'il ordonne, agir par enthousiasme ou par inspiration. Mais quand un culte est solidement établi dans la société; quand ce culte est moral; quand ses maximes sont celles de la charité et de la paix, il faut non-seulement ne pas le combattre, mais encore l'avoir pour ami. Le législateur serait impardonnable de choquer les esprits, quand il peut l'éviter au prix de quelques concessions qui n'auront d'autre inconvénient que de déranger la régularité du droit commun. S'il tient compte des mœurs et des usages reçus, à combien plus forte raison doit-il avoir égard à quelque chose d'aussi respectable que les convictions religieuses!

CHAPITRE XXI.

Du But que doit se proposer le Législateur.

Le législateur dispose d'une puissance incontestable pour le bien comme pour le mal. Mais cette puissance, au profit de quelles idées doit-il l'exercer? Dans l'intérêt de la société, dira-t-on. Soit; mais cet intérêt lui-même, comment l'entendra-t-on? En quoi consiste le bonheur d'un peuple? Quel est, en un mot, le genre d'industrie, de penchants, de bien-être que l'ensemble de la législation doit tendre à développer?

Aux yeux des anciens publicistes, le symptôme de la prospérité des états était la population. Le peuple qui comptait cent habitants par lieue carrée était deux fois plus fortuné que celui qui n'en comptait que cinquante. De là cette conclusion naturelle, que les bonnes lois devaient tendre à l'accroissement de la population; de là aussi tant de récompenses accordées aux mariages et aux mariages féconds, tant d'incapacités prononcées contre les *orbi et cœlibes.* Un homme qui pensait,[1] s'avisa un jour de soumettre cette théorie à la critique. Il démontra clairement que les états modernes n'avaient pas de cause de ruine plus imminente que la multiplication progressive de l'espèce. De ce jour les batteries des publicistes changèrent. On convint que les gouvernements avaient assez long-temps favorisé l'accroissement de la population, et qu'ils devaient commencer à le combattre.

D'autres distinguent les états en états militaires et en états non militaires, comme on distinguerait des territoires féconds et des territoires stériles. Ils croient que les ressources d'un pays doivent être consacrées avant tout à lui donner des armées puis-

[1] Malthus, publiciste anglais, mort en 1834, prétendit démontrer, dans son *Essai sur le Principe de la Population*, qu'elle tendait à s'accroître en proportion géométrique (1, 2, 4, 8, etc.); tandis que les moyens de subsistance ne s'accroissent qu'en proportion arithmétique (1, 2, 3, 4, etc.). On a contesté cette conclusion; mais on est demeuré d'accord que la mesure dans laquelle croissait la population en Europe était un grave sujet d'inquiétude.

santes. Cependant l'homme n'est pas destiné par la nature à remporter des batailles; il ne peut, au contraire, jouir de quelque bien-être et développer ses facultés que dans la paix. De quel droit la nation la plus forte dicterait-elle la loi à la nation la plus faible? Si les gouvernements doivent tenir leur état militaire sur un pied respectable, ce doit être bien plutôt pour maintenir leur propre indépendance que pour menacer celle d'autrui.

Et cependant la gloire des armes, qui a tant de prise sur l'imagination des peuples, leur fait consacrer à l'entretien de leurs armées une part considérable des ressources publiques. Cette part varie, chez les diverses nations de l'Europe, du tiers à la moitié du revenu. Que de bien ne pourrait-on pas réaliser avec ces sommes immenses dépensées d'une manière improductive, si les nations, cessant de se redouter les unes les autres, pouvaient compter sur un avenir de paix!

Suivant d'autres publicistes non moins exclusifs dans leurs vues, le remède à tous les maux de la société serait dans quelques pastiches d'institutions libérales. Mais, si respectable que soit le régime constitutionnel, lorsqu'un peuple est ignorant et démoralisé, lorsqu'il n'a aucune industrie et qu'il ne sait pas lire, le plus pressé pour lui n'est pas d'avoir une chambre élective et la liberté de la presse. Il pourrait fort bien ne pas se soucier de ces bienfaits, dont les avantages ne lui sembleraient pas aussi bien démontrés qu'ils le sont pour les philosophes.

Une autre école, aujourd'hui florissante, mesure l'estime qu'elle fait des nations sur l'état de leur commerce et de leurs manufactures. Pour cette école, la prospérité matérielle est tout. Elle ne raisonne que par les statistiques [1]. A ses yeux, la société n'a qu'une mission, celle d'encourager les chemins de fer, de creuser des canaux. Le peuple qui produit le plus d'aunes d'étoffes ou le plus de kilogrammes de fonte, est au pinnacle de l'humanité. On a comparé les économistes à ce Mammon, « le plus abject des esprits déchus, qui tenait toujours ses regards abaissés dans le palais céleste, parce que la richesse du pavé d'or et de pierreries l'émouvait plus que la divine présence du Tout-Puissant [2]. »

Cette école a bien compris l'excessif positivisme,

[1] On voit que je veux parler de l'école de Smith et d'Horace Say, qui, ayant trouvé que l'Angleterre avait un revenu total d'à peu près 12 milliards, lequel, divisé entre 23 millions d'habitants, donne pour chaque personne environ 550 francs; tandis qu'en France le revenu total de 7 milliards 500 millions ne donne à chacun des trente-trois millions de Français qu'une somme approximative de 230 fr., en concluait sérieusement qu'en Angleterre le peuple était deux fois plus heureux qu'en France. On n'oubliait qu'une chose : c'est qu'en Angleterre la richesse est concentrée dans quelques mains privilégiées, tandis qu'en France l'aisance est générale. On jugera, par ce qui suit, ce qu'il faut penser de la prospérité de l'Angleterre.

[2] *Mammon, the least erected spirit that fell*
From heaven; for e'en in heaven his looks and thoughts
Were always downwards bent, admiring more
The riches of heaven's pavement, trodden gold,
Than aught, divine or holy, else enjoyed
In vision beatific.....................
(MILTON, Parad. lost, book I, v. 679.)

défaut du siècle où nous vivons. Peut-être nous engage-t-elle dans une voie dont on sentira plus tard les dangers.

Partout où l'industrie prend un grand développement, vous voyez apparaître à sa suite la plaie hideuse du paupérisme. Dans ces superbes manufactures qui inondent la terre habitable de leurs produits, sur ces routes si bien entretenues, pullule souvent une population misérable, rachitique, en proie à la misère et à tous les vices. Les enquêtes officielles de la Grande-Bretagne révèlent les souffrances inouïes de ces demi-sauvages qui végètent dans ses manufactures et dans ses mines. Un petit nombre de spéculateurs gagnent des millions. Quant aux ouvriers, que l'imprévoyance dans le mariage multiplie avec une rapidité menaçante, ils vivent dans l'alternative de s'enivrer quand les salaires s'élèvent, ou de se révolter quand ils baissent.

C'est un état essentiellement précaire, que celui d'un peuple qui produit cinq ou six fois plus qu'il ne peut consommer. Il mourrait de faim au milieu de sa richesse, si les autres peuples lui fermaient leurs marchés, ou s'ils se mettaient aussi à produire, ce qui est inévitable tôt ou tard. L'Angleterre n'a pas de plus grand ennemi à craindre que l'ennemi intérieur. Qu'une guerre frappe de stagnation son commerce, et des millions de bras sans ouvrage briseront violemment son édifice social, le plus factice de tous ceux de l'Europe contemporaine.

Le développement fébrile de l'industrie est une

source de bénéfices momentanés. Mais il crée des populations innombrables, sans esprit d'ordre, sans délassements honnêtes, étrangères aux idées religieuses, envieuses du bien-être des autres, ennemies de toute supériorité sociale. C'est dans les grands centres industriels que se propagent les doctrines du communisme. Tel est l'idéal que la science des économistes tend à réaliser.

Si une industrie méritait d'être encouragée plus que les autres, ce serait certainement l'agriculture, la profession la plus naturelle à l'homme, et la plus propre à lui procurer le vrai bien-être, en limitant ses vœux à l'état qu'il peut occuper. Quelle différence entre les populations agricoles et les populations industrielles! Comparez les paysans robustes et paisibles qui cultivent les plaines de l'Allemagne ou de la Toscane avec les *operatives* de Manchester, abrutis par le gin, étiolés par le travail des manufactures. Sous le rapport matériel, voyez les premiers, contents d'eux-mêmes, respirer l'air sain des campagnes; et les seconds, étouffés par la vapeur du charbon de terre dans leurs immondes réduits. Sous le rapport moral, la différence est plus grande encore. Dites, après cela, quel est le peuple qui jouit de la plus grande somme de bonheur[1].

[1] S'il pouvait y avoir du doute sur les effets comparatifs de l'industrie et de l'agriculture quant au bien-être physique et moral des populations, quelques chiffres empruntés à la statistique de la France les dissiperaient. Dans les départements les plus commerçants, tels que les départements du Nord et du

Les systèmes ne saisissent la vérité que par une face. La tendance d'une bonne législation n'est pas une tendance unique; elle ne peut pas s'analyser en un mot.

L'homme d'état qui voudrait favoriser exclusivement par les lois, soit l'esprit militaire, soit l'esprit commercial, ressemblerait à ce père qui voudrait exercer dans son enfant tel sens ou tel organe au détriment de tous les autres. Et encore son erreur serait bien plus grande: car chez les hommes il faut des aptitudes diverses, gage de la perfection en tout genre; mais pour les peuples, il faut qu'ils sachent se suffire à eux-mêmes.

Les lois d'un peuple doivent tendre à développer et à régler dans une juste harmonie tous les penchants, toutes les industries, tous les besoins qui sont dans la nature de l'homme. Elles doivent veiller à la culture de sa nature morale par l'organisation de l'instruction publique, comme à la satisfaction de ses besoins matériels par une juste protection de l'agriculture et du commerce. Elles doivent, au contraire, combattre tout accroissement anormal de l'une de

Pas-de-Calais, il y a un indigent sur huit habitants; dans les départements exclusivement agricoles, par exemple dans la Lozère et dans la Creuze, il y en a un sur cinquante. Pour la moralité, les économistes ont calculé que les populations des villes, qui comprennent exclusivement l'industrie, fournissent les 2/5 des accusés, quoiqu'elles ne forment elles-mêmes que le 1/5 de la population totale; tandis que les populations rurales, qui forment les 4/5 du peuple français, ne fournissent que 3/5 des accusés. V., sur tous ces faits, l'ouvrage de M. de Villeneuve-Bargemont sur le *Paupérisme*, celui de M. de la Farelle sur le *Progrès social*, etc.

ses facultés, qui aurait pour résultat inévitable d'atrophier les autres. L'excessive activité commerciale de la Grande-Bretagne n'est peut-être pas plus un symptôme de santé que l'excessif engourdissement de quelques petits états d'Italie.

Si l'on pouvait se convaincre d'une chose vraie, c'est-à-dire que l'état le mieux organisé est celui où les individus jouissent de la plus grande somme de bonheur, si l'on pouvait mettre de côté toute idée de vaine gloire pour marcher simplement à ce but, la science de la politique serait bouleversée dans ses fondements.

Peut-être alors ferait-on descendre du premier rang de grandes puissances qui font beaucoup parler d'elles dans le monde, pour y placer des états plus humbles, mais où la condition des individus est meilleure, et par conséquent le droit plus perfectionné [1].

[1] En partant de cette idée, quel état serait rangé plus bas que l'Angleterre, où, à côté du luxe de quelques riches, règne la misère la plus affreuse! En Angleterre, il y a 3,000,000 de propriétaires fonciers; en France, il y en a 20,000,000. En Angleterre, on compte un indigent sur six personnes; en France, un sur vingt. M. Moreau de Jonnès a calculé que, toute proportion gardée, il y a, dans le premier de ces pays, quatre fois plus de meurtres, cinq fois plus de vols, neuf fois plus de condamnations en général, que dans le second. Que sera-ce si l'on considère l'Irlande? Suivant M. de Beaumont, à New-Port-Prat, sur 11,761 habitants, 9,838 ne couchent que sur la paille. A Derry-Laken, sur une population de 206 personnes, 38 seulement possédaient une couverture pour la nuit. Tous ces malheureux ne vivent que de pommes de terre; ils ne mangent de viande qu'une fois l'an, le jour de Noël. Et voilà ce que, dans nos fatales préoccupations politiques, nous appelons marcher à la tête de la civilisation!

LIVRE TROISIÈME.

DES DIVERSES BRANCHES

DE

LA SCIENCE DU DROIT.

SOMMAIRE DU LIVRE TROISIÈME.

Divisions générales du droit quant aux objets qu'il embrasse. — Droit des gens : de la souveraineté nationale; des traités; des agents diplomatiques; de la guerre; du droit des neutres, etc. — Droit constitutionnel : du contrat social; de la souveraineté du peuple; de la meilleure forme de gouvernement; de la division des pouvoirs d'après la charte de 1830, etc. — Droit administratif : ce que ce droit embrasse; de l'organisation de la justice administrative et du principe de sa compétence. — Droit religieux : de la liberté de conscience, ses limites; libertés de l'Eglise gallicane; principes anciens, principes nouveaux. — Droit pénal : origine du droit de punir; à qui ce droit appartient; éléments de la criminalité; des peines, de leur degré et de leurs diverses espèces; de la peine de mort; du droit de grace. — Droit civil : son but; renvoi. — Droit commercial : des divers objets qu'il a pour but de régler. Droit de la procédure : nécessité d'une procédure; de ses diverses parties, et en particulier de l'organisation judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

Introduction. — Divisions générales.

Le droit peut se diviser d'une manière générale, en droit public et en droit privé. On appelle droit public celui qui concerne le gouvernement de l'état, ou les relations des citoyens avec le pouvoir social. Ainsi, non-seulement les règles qui déterminent les attributions des pouvoirs législatifs rentrent dans cette première espèce de droit; mais il comprend aussi les lois pénales, celles qui assujettissent les citoyens au service militaire, celles qui établissent des impôts, et beaucoup d'autres encore.

Le droit privé se compose des lois qui règlent les rapports des citoyens entre eux. Il se subdivise en droit civil, droit commercial, droit de la procédure, etc.

Cette distinction, toutefois, n'est pas tellement tranchée que l'on ne puisse trouver des institutions qui appartiennent tout à la fois et au droit public et au droit privé. De ce genre sont les règles concernant les mariages ou l'exercice de la puissance paternelle, règles qui, tout en produisant leurs effets entre deux personnes déterminées, réfléchissent puissamment sur la moralité générale et sur le bon ordre. Le propre de ces institutions est que les citoyens ne peuvent point y déroger par des conventions. Un homme ne pourrait pas, en se mariant, renoncer à la puissance maritale sur sa femme, à la puissance paternelle sur les enfants qu'il doit avoir; et cela est juste: car si chacun peut se nuire à lui-même, il ne peut pas du moins nuire au public, intéressé, on le suppose, à ce que de pareilles stipulations n'aient pas lieu [1].

La division du droit public et du droit privé est une division purement théorique, parce qu'elle constitue deux branches trop vastes pour qu'on puisse commodément les étudier chacune à part. On les a donc subdivisées en d'autres fragments plus restreints, dont les principaux sont, pour le droit public:

[1] C'est en ce sens que la loi romaine a dit: « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* » (L. 38 ff. *de Pactis.*)

Le droit des gens;
Le droit constitutionnel;
Le droit administratif;
Le droit criminel;
Le droit religieux.

Et pour le droit privé :

Le droit civil;
Le droit commercial;
Le droit de la procédure.

Nous essaierons, dans les chapitres suivants, de tracer les limites respectives de ces divers droits, les principes généraux sur lesquels ils reposent, et les objets qu'ils ont pour but de régler.

CHAPITRE II.

Du Droit des Gens[1].

Le droit des gens, que d'autres appellent droit international ou droit public extérieur, est celui qui détermine les droits et les devoirs réciproques des

[1] Les meilleurs écrits sur le droit des gens sont,
Parmi ceux qui l'ont traité au point de vue philosophique :
Grotius, *de Jure Pacis et Belli;*
Vattel, *Droit des Gens;*
Burlamaqui, *Principes du Droit de la Nature et des Gens;*
Pinheiro-Ferreira, *Droit public interne et externe*, 2 vol. in-8o. (Cet ouvrage, dû à un ancien ministre des affaires étran.

nations, soit dans l'état de paix, soit dans l'état de guerre.

Il semble d'abord que le droit des gens doive consister par excellence dans les lois naturelles proprement dites, et ne doive consister qu'en cela, les nations étant des personnes morales placées dans l'état de nature les unes vis-à-vis des autres. Entre elles point de tribunaux, point de supérieur commun. La justice seule leur impose ses lois.

Peut-être est-ce là ce qui a fait poser à Montesquieu, comme base du droit international, cette maxime, que les peuples doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'ils peuvent. Vattel a poussé la conséquence de ce principe jusqu'à dire que l'obligation d'un peuple s'étend *à prendre soin de la gloire des autres peuples, et*

gères de Portugal, est celui qui contient les principes les plus avancés de la science.) Le même, dans ses Notes sur Martens. Paris, 1831;

Parmi ceux qui ont traité le droit des gens à un point de vue plus positif :

MARTENS, *Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe*, 1831;

KLUBER, *Droit des Gens moderne de l'Europe*, 1831;

Et comme sources pour l'histoire de la diplomatie :

DUMONT, *Corps universel et diplomatique du Droit des Gens*, qui, avec le supplément de Rousset, comprend depuis l'an 800 jusqu'à l'an 1739;

WENCK, *Codex Juris Gentium recentissimi* (depuis 1735 à 1772).

MARTENS, *Recueil de Traités d'Alliance, etc.*, et *Nouveau Recueil de Traités*, qui forment ensemble 20 volumes. (Depuis 1761 jusqu'à nos jours.)

à les mettre à même d'en acquérir [1], principes trop beaux pour qu'ils puissent être autre chose que des chimères! La pratique, dans tous les cas, serait restée bien en arrière de la théorie.

Ces grands individus qu'on appelle nations sont des individus forts et susceptibles; leur arrogance est en raison directe, et leur conscience en raison inverse de leur force. Le sentiment qu'ils n'ont à rendre compte qu'à Dieu de l'usage qu'ils auront fait de leur puissance, les a long-temps habitués à confondre la justice avec le succès. Ce n'est que peu à peu qu'on a vu percer cette vérité, que les petits, sans prétendre à marcher de pair avec les grands, avaient droit à n'être pas foulés et maltraités par eux. Le droit des gens commence seulement à se rapprocher de la justice. Mais il ne faut pas exiger des peuples plus qu'on n'exige des particuliers. La

[1] Vattel, *Droit des Gens*, liv. II, ch. 1, § 14. Cet auteur était de l'école de Wolff, qui plaçait le principe du droit dans le perfectionnement de l'espèce humaine. Cette idée le conduit (*ubi supra*, § 16) à s'écrier, après avoir posé sa règle : « Quel serait le bonheur du genre humain si ces aimables préceptes de la nature étaient partout observés! Les nations se communiqueraient leurs biens et leurs lumières; une paix profonde règnerait sur la terre, et l'enrichirait de ses fruits précieux; l'industrie, les sciences, les arts, s'occuperaient de notre bonheur autant que de nos besoins. Plus de moyens violents pour décider les différends qui pourraient naître; ils seraient terminés par la modération, la justice et l'équité, etc., etc. » Quelque juste que soit le renom de cet auteur, on ne peut s'empêcher de remarquer que le tableau de tant de félicités ne se réalisera sans doute jamais. La vertu fait des utopies; la science du droit ne s'occupe que de ce qui peut être.

politique chevaleresque ne saurait être une obligation dans aucun cas. Tout ce que l'on peut exiger d'eux, c'est qu'ils ne manquent pas à la probité politique.

L'indépendance des nations empêche de concevoir entre elles un droit positif dans l'acception ordinaire de ce mot. Néanmoins les hommes ont tellement besoin de principes convenus sur lesquels il n'y ait plus à discuter, qu'il a fini par s'établir entre les peuples civilisés de l'Europe certains usages et certaines règles qui constituent, pour ainsi dire, la jurisprudence du droit des gens. Nous allons esquisser, dans les paragraphes suivants, un aperçu soit du droit des gens rationnel, soit de celui que le consentement général paraît consacrer en fait.

§ I.

De la Souveraineté.

La première chose à faire est de fixer l'idée de la souveraineté et des droits qui en dérivent : car, d'une part, les rapports internationaux ne s'établissent que de souverain à souverain ; et d'autre part, l'un des principes fondamentaux du droit des gens est de respecter les droits d'un peuple sur son territoire.

Chaque peuple est complètement indépendant à l'égard des autres. Il peut se donner le gouvernement qu'il veut, sans que personne puisse prétendre à lui

en imposer un. Les gouvernements étrangers doivent traiter avec le gouvernement établi, quelle que soit sa forme, par quelque individu ou par quelque nombre d'individus que la souveraineté soit exercée [1].

En cas de révolution, l'on a vu quelquefois les puissances étrangères distinguer entre le gouvernement de fait et le gouvernement de droit, et ne reconnaître le nouveau gouvernement que comme gouvernement de fait. Cette reconnaissance elle-même n'est pas de droit : car un gouvernement quelconque ne tire pas sa légitimité de la reconnaissance des étrangers, mais de l'adhésion des nationaux. Tout gouvernement est légitime, surtout pour les nations étrangères, quand il est paisiblement établi [2].

Les principaux droits éminents de la souveraineté

[1] Les gouvernements actuels de l'Europe sont ou des monarchies pures, ou des monarchies constitutionnelles, ou des républiques. Les monarchies pures sont : l'Autriche, la Russie, la Prusse, la Sardaigne, le royaume des Deux-Siciles, les états du Sultan, les états de l'Eglise, les grands-duchés de Toscane, de Parme et Plaisance, le duché de Lucques, et les principautés de la Confédération Germanique. — Parmi les monarchies constitutionnelles, on compte : la France, l'Angleterre, la Belgique, la Hollande, l'Espagne, la Grèce, la Bavière, la Saxe, le Würtemberg, la Suède, le grand-duché de Bade, etc. Enfin, les républiques sont : la Confédération Helvétique, les villes anséatiques, Cracovie, et la république de San-Marino, enclavée dans les états du Pape. — Comme états mi-souverains, on peut citer la confédération des Iles Ioniennes, sous la souveraineté de l'Angleterre; la Valachie et la Moldavie, sous celle du Grand. Seigneur; et la petite république de Poglizza en Dalmatie, placée sous la protection de l'Autriche.

[2] V. Pinheiro-Ferreira, Notes sur Martens, t. 1, note 35.



sont le droit d'armer, le droit de rendre la justice, le droit de faire des lois, le droit d'établir des impôts, le droit de police, le droit de battre monnaie.

Aucun souverain ne peut exercer ces droits que sur son territoire; il peut s'opposer par conséquent à ce qu'un autre les exerce chez lui. Il n'y a d'exception que pour quelques cas rares, résultant des traités, tels que ceux où il y a convention d'extradition, ou bien encore quand deux nations sont convenues que les jugements émanés des tribunaux de l'une d'elles seront exécutoires chez l'autre [1]; convention qu'il serait très-raisonnable d'ériger en principe de droit des gens universel, au moins dans les matières civiles, rien n'étant plus convenable que d'attribuer aux jugements proprement dits la force qu'on accorde sans difficulté aux sentences compromissoires [2].

Il y a encore exception dans les cas qui constituent le privilége d'exterritorialité [3].

Les limites territoriales, étant ordinairement fixées

[1] Il existe une convention de ce genre entre la France et la Suisse.

[2] Je n'entends point par-là que les jugements étrangers pourraient jamais être exécutoires en France de plein droit, car nos officiers ministériels ne peuvent obéir à un ordre étranger; mais seulement que nos tribunaux devraient les déclarer exécutoires sans rentrer dans l'examen du fond.

[3] On dit qu'il y a exterritorialité en faveur d'une personne quand elle est censée entraîner son territoire avec elle ou n'en être pas sortie. Un souverain voyageant à l'étranger en cette qualité, jouit de ce privilége. Il en est de même d'un ambassadeur, comme nous le dirons plus bas. Un vaisseau de guerre jouit aussi de l'exterritorialité partout où il se trouve.

par la ligne frontière, ne donnent lieu à aucune incertitude quant à l'exercice du droit de souveraineté. Il n'en est pas de même des mers, dont la possession a formé et forme encore un des plus graves sujets de contestations internationales.

Les solitudes de l'Océan ne reconnaissent pas de maître. Là où elles s'étendent, là est le séjour de la liberté. La trace qu'y impriment les vaisseaux, ces citadelles flottantes de l'homme, s'évanouit aussitôt derrière eux. Au moment où ils déploient en maîtres leurs pavillons superbes, l'abîme s'entr'ouvre et les engloutit. L'homme n'a sur les mers ni possession stable, ni propriété possible.

Il n'a pas manqué cependant autrefois de peuples qui ont prétendu à la propriété exclusive des mers, ou de certaines mers [1]; mais ces prétentions, chaudement débattues entre les savants [2], ont fini par être abandonnées de ceux mêmes qui les élevaient.

On reconnaît aujourd'hui que toutes les mers sont libres, sauf les restrictions suivantes :

Chaque peuple a, le long de ses côtes, une zone de souveraineté dont l'étendue n'est pas déterminée par un consentement général; c'est ce qu'on appelle la *ligne de respect.* Plusieurs peuples sont convenus par

[1] Les Anglais ont long-temps prétendu à la souveraineté de toutes les mers; les Portugais élevèrent une semblable prétention pour celles qui sont au-delà du Cap de Bonne-Espérance, découvert par un de leurs amiraux.

[2] On connaît sur ce sujet l'ouvrage de Selden (*Mare clausum*), auquel Grotius répondit par un autre intitulé *Mare liberum.*

traités de fixer respectivement la ligne de respect à trois lieues de leurs côtes. A défaut de traités, quelques-uns la placent jusqu'où porte la vue depuis le rivage. Personne, du moins, ne conteste que la zone de souveraineté ne s'étende à portée du canon [1].

Les parties de la mer circonscrites par le territoire d'un peuple, sont encore sujettes, si le détroit par lequel on y pénètre est dominé par le canon du rivage.

La question est plus grave s'il s'agit d'une mer intérieure baignant le territoire de plusieurs nations, mais dans laquelle on ne peut entrer que par une passe comprise, vu son étroitesse, dans la ligne de respect d'un souverain. Celui-ci peut-il en fermer l'entrée? C'est la question des Dardanelles et du Sund [2]; il ne paraît pas qu'il soit autorisé par le droit des gens à fermer le passage à des nations qui veulent commercer entre elles. Il pourra toutefois, en vertu de traités, établir certains péages [3]; mais le principe n'en sera guère plus justifiable que celui des droits levés autrefois par les barons féodaux sur les routes qui passaient dans le voisinage de leurs forteresses seigneuriales.

[1] Kluber, § 130. Martens, nº 156.

[2] La Porte prétend au droit de fermer les Dardanelles à volonté. Le Sund a 9 milles de longueur et un demi-mille seulement de largeur près de Helsingor. C'est la porte de la Baltique.

[3] C'est ainsi que le Danemarck perçoit un droit pour le passage du Sund, le seul qui soit payé en Europe pour franchir un détroit. Ce péage est réglé par des traités avec les principales puissances. (V. Kluber, nº 76.)

§ II.

Des Traités.

Les alliances entre souverains, ainsi que les dérogations à leur liberté respective, s'établissent par des traités [1].

Les traités ne sont autre chose que des conventions réglant les rapports internationaux des peuples. Ils sont donc soumis en général aux règles substantielles des contrats. Comme tels, ils présupposent le concours des volontés, l'absence d'erreur ou de violence, avec cette remarque pourtant, que la circonstance qu'un traité a été fait à la suite d'une guerre malheureuse n'est pas un motif pour le considérer comme nul : car autrement on tournerait dans un cercle vicieux, puisque la guerre ne se fait que pour arriver à un traité de paix. L'absence matérielle de violence sur la personne qui stipule est tout ce que l'on doit réclamer ici [2].

Les traités ne se concluent jamais ou presque jamais entre les souverains en personne. Ils se négocient par des plénipotentiaires dont nous parlerons

[1] L'usage est de rédiger les traités en français. Sa netteté et son universalité ont fait de cette langue la langue diplomatique. Quelquefois des souverains parlant la même langue se sont servis du français dans les traités conclus entre eux. (V. Klüber, n° 114.)

[2] Vattel, liv. iv, ch. 4, § 37.

tout-à-l'heure avec plus de détails. Ces plénipotentiaires, munis des instructions de leurs puissances, arrêtent et signent la convention en qualité de mandataires. Ici se présente la question de savoir si la convention est obligatoire par ce seul fait, ou si elle est soumise à la condition de la ratification des souverains.

Dans le droit civil, la ratification du mandant n'est point nécessaire pour valider les actes du mandataire muni d'un pouvoir valable. Martens croit qu'il n'y a nulle raison de s'écarter de cette règle en matière de droit public [1]. Pinheiro-Ferreira prétend fonder la nécessité de la ratification sur ce que, les traités étant des lois obligatoires de l'état, ils ne peuvent être considérés comme tels que par la sanction immédiate de l'autorité souveraine [2]; mais en cela il paraît confondre deux choses distinctes : car, bien que le traité ne puisse avoir force de loi dans chaque état que par la promulgation qui en sera faite, il ne résulte pas de là qu'il ne lie les deux contractants que par la ratification, en d'autres termes, qu'ils puissent la refuser sans violer le droit des gens. Quoi qu'il en soit, les intérêts mis en jeu étant très-graves, les circonstances pouvant se modifier d'un jour à l'autre, et les communications entre les souverains et leurs mandataires pouvant être gênées par la distance, on s'est accoutumé à réserver toujours le droit de rati-

[1] Martens, n° 48.
[2] Pinheiro, tom. I, note 25.

fication, et même à le considérer comme tacitement réservé dans les usages de la diplomatie [1].

Les princes ne pouvant être contraints que par les armes à observer la foi des traités, les moyens proposés pour les valider sont pour la plupart illusoires. Le serment confirmatif a été abandonné depuis longtemps comme ajoutant peu de garantie. La dation des otages ne se pratique guère que dans les rapports avec les nations à demi sauvages [2]. Quand la convention ne doit être que temporaire, ou quand elle porte sur un fait devant se réaliser dans un certain délai, comme, par exemple, dans le paiement d'une somme d'argent, on stipule quelquefois l'occupation d'une place de guerre à titre de gage jusqu'à parfaite exécution.

Mais le point le plus difficile que présente cette matière, est de déterminer les circonstances qui mettent fin à la validité des traités.

[1] Il n'y aurait, du reste, aucun doute sur la nécessité de la ratification, s'il s'agissait d'un traité fait sans pouvoirs, comme cela se pratique dans les cas d'urgence. Pour citer un exemple indigène, quand les Suisses mirent le siége devant Dijon, en 1513, La Trémouille, qui commandait le château, désespérant de sauver la place, fit une convention par laquelle il promettait que le roi Louis XII leur paierait six cent mille écus, et qu'il renoncerait à ses prétentions sur le duché de Milan; moyennant quoi ils levèrent immédiatement le siége. La convention, comme on pense, ne fut pas ratifiée, mais les Suisses étaient repartis.

[2] Les otages ne peuvent être qu'un moyen d'agir moralement sur celui qui les donne. La justice ne permet pas de venger sur des innocents le manque de foi d'autrui.

Il y a des cas sur lesquels tout le monde est d'accord, comme lorsque le temps pour lequel la convention avait été faite est expiré, lorsque son objet a été accompli, ou lorsqu'il est devenu impossible. On convient encore que si l'un des contractants viole son engagement, l'autre n'est plus obligé de tenir le sien. Mais voici des hypothèses plus douteuses.

Mort de l'un des Contractants.— On a vu souvent les princes, à leur avènement, confirmer expressément les traités signés par leurs prédécesseurs. Cette formalité n'est point inutile, si elle leur inspire la pensée qu'ils sont tenus plus personnellement de les respecter; mais elle n'est pas non plus nécessaire, car l'état, représenté par le souverain, ne cesse pas d'être obligé par la mort du souverain, qui, vis-à-vis des tierces puissances, ne peut être considéré que comme un mandataire.

Changement de Gouvernement. — La question est beaucoup plus délicate lorsque, par suite d'une révolution, le pouvoir est échu en d'autres mains. L'effet de la révolution opérée est de faire supposer que la représentation nationale n'était pas légitime. Or, comment la représentation actuelle serait-elle tenue en vertu des actes du pouvoir qu'elle a renversé précisément parce qu'il n'était pas légitime? D'un autre côté, quelle sûreté y aura-t-il pour les puissances étrangères, si les traités qu'elles concluent sont à la merci des mouvements populaires dans chaque pays? Tout en craignant de paraître enseigner quelque chose de contraire à la sainteté de la foi donnée, j'énonce-

rai avec défiance une remarque qui tend à mettre une différence entre les contrats faits au nom d'une nation, et ceux formés par les particuliers. Quand on dit que le souverain représente la nation, et qu'il l'engage, ce n'est évidemment qu'une fiction dont chacun sent la fausseté. La volonté générale n'a pas été consultée. Si elle l'avait été, peut-être elle aurait approuvé la convention, peut-être elle l'aurait désapprouvée. Dans tous les cas, ce que pensent les hommes de la génération actuelle, les hommes de la génération future ne le penseront peut-être pas. Pourquoi donc seraient-ils engagés par un fait auquel ils n'ont pas consenti, surtout s'ils n'en recueillent aucun bénéfice? Quoi qu'on dise, on ne fera jamais qu'un peuple se croie obligé en conscience d'observer des conventions conclues il y a cent ans par des personnes qui ne sont plus au pouvoir.

Il serait peut-être permis de conclure de là que les traités n'engagent que ceux qui les ont signés ou ceux qui leur succèdent en vertu du même principe. Lorsqu'au contraire la forme du gouvernement est changée, ceux qui sont à la tête des affaires doivent examiner si le traité est avantageux et juste, ou s'il ne l'est pas. Au premier cas, ils doivent le ratifier; au second cas, ils peuvent et ils doivent s'en affranchir si la prudence le permet.

Des Traités d'une durée illimitée. — Je résoudrai par les mêmes principes la question de savoir comment prennent fin les traités dont la durée n'a pas été fixée. Il serait ridicule de penser qu'ils obligeront à perpé-

tuité les générations qui se succèderont sur le sol. Personne ne peut prétendre au pouvoir d'enchaîner à jamais l'avenir d'une nation. La condition tacite de tout traité est donc qu'il ne sera valable que tant que les circonstances qui ont motivé sa conclusion resteront les mêmes, mais que si les circonstances viennent à changer, s'il devient évident que la convention n'eût pas été faite dans la prévision des évènements survenus, l'état qui en souffre pourra s'en délier en indemnisant son cocontractant du préjudice qu'il éprouve [1].

De la Guerre.—Enfin, la guerre qui éclate entre deux peuples suspend encore l'exécution des traités existants, à moins qu'ils n'aient été faits précisément dans la vue de cette guerre, pour régler le mode des hostilités ou y mettre des limites. Ce sera le cas d'examiner plus tard, dans le traité de paix, s'il y a lieu de rétablir les choses sur l'ancien pied. On présumera, si rien n'a été dit, qu'on a entendu se départir des traités antérieurs.

§ III.

Des Agents diplomatiques.

Les relations internationales s'entretiennent et se renouent, les traités de paix ou de commerce se con-

[1] Sur toutes ces questions, les auteurs gardent le silence ou ne s'énoncent que de la manière la plus vague (v. Martens,

cluent par les agents diplomatiques, auxquels le consentement des nations reconnaît un caractère d'inviolabilité indispensable à l'accomplissement de leur ministère.

Aux états souverains seuls appartient le droit de constituer des agents diplomatiques, droit que ne peuvent jamais exercer les villes, les corporations ou les provinces sujettes.

On reconnaît trois classes d'agents diplomatiques ou de ministres. Cette distinction est importante, parce que c'est d'après la classe à laquelle ils appartiennent que se règle entre eux le rang et la préséance, quels que soient d'ailleurs leurs titres personnels [1].

La première classe comprend les ambassadeurs, et les envoyés du Pape, ayant le titre de légats ou de nonces. Le droit exclusif d'accréditer ces ministres est réservé aux empereurs, aux rois, et aux états jouissant d'honneurs royaux, c'est-à-dire aux grands-ducs et aux grandes républiques, telles que la Confédération Helvétique [2].

n° 342; Vattel, liv. II, ch. 13, etc.). La difficulté repose principalement sur la conviction qu'aura chacune des deux parties de la bonté de sa cause, et aussi sur l'intérêt qu'elle prend au maintien du traité. Les principes serviront peu dans ces litiges entre plaideurs qui ne reconnaissent que le droit de l'épée.

[1] V. ce qui sera dit tout-à-l'heure en parlant de l'étiquette.

[2] Les grandes puissances ne reconnaîtraient point un ambassadeur accrédité par un état non-jouissant des honneurs royaux, et par réciprocité elles ne leur en envoient pas non plus. Mais ces états peuvent s'en envoyer entre eux. Ces distinctions se font pour prévenir des difficultés de cérémonial.

Dans la seconde classe se rangent les envoyés, les ministres plénipotentiaires, les internonces du Pape, et l'internonce autrichien à Constantinople[1].

Enfin, la troisième classe comprend les ministres proprement dits, les chargés d'affaires et les résidents[2].

En dehors des ministres, il faut encore nommer les consuls, qui n'ont point le caractère représentatif ou diplomatique proprement dit, mais qui sont plutôt des agents commerciaux, ayant pour mission de prêter assistance aux commerçants et aux navigateurs nationaux dans les places de commerce où ils sont constitués. Ils sont choisis souvent parmi les sujets de la puissance près de laquelle ils gèrent leur consulat. On doit toutefois ranger dans une classe à part les consuls accrédités dans les échelles du Levant et près des états barbaresques, ceux-ci jouissant de tous les droits des ministres, avec le caractère diplomatique et le privilége d'exterritorialité.

Liberté entière est accordée aux souverains quant à la personne, à l'âge et au rang de celui qu'ils choisissent pour ministre[3]. Les pouvoirs dont il est por-

[1] Klüber, n° 180 et suiv.

[2] Quelques-uns font quatre classes de ministres, en distinguant les ministres résidents des simples chargés d'affaires, qui ne sont point accrédités auprès du prince, mais seulement auprès du ministre des affaires étrangères (v. Martens, n° 191). En cette qualité, les chargés d'affaires n'auraient pas d'audience du souverain, et seraient primés par les ministres résidents.

[3] Il y a des exemples de femmes ambassadeurs, notamment la

teur déterminent l'affaire ou les affaires dont il est chargé de traiter. Quelquefois un ministre, sans être chargé d'aucune négociation, est revêtu d'un pur caractère de cérémonial, comme il arrive pour les envoyés extraordinaires qui représentent leur souverain à un mariage ou à un couronnement. Dans tous les cas, ce n'est qu'après que les lettres de créance ont été présentées, que le ministre jouit des priviléges suivants, attachés à ses fonctions.

Inviolabilité. — Sa personne est inviolable. Toute offense dirigée contre lui par le gouvernement près duquel il est accrédité serait censée faite à son souverain lui-même. Cette inviolabilité a lieu non-seulement pendant la paix, mais encore après que la guerre a été déclarée[1].

Exterritorialité. — L'hôtel qu'habite un ambassadeur est censé faire partie du territoire de son souve-

maréchale de Guébriant, accréditée en cette qualité, en 1646, près de Vladislas IV, roi de Pologne (v. MOSER, *l'Ambassadrice et ses Droits*, La Haye 1752). On eut aussi des soupçons sur le sexe du chevalier d'Eon, ministre plénipotentiaire de France, mort à Londres en 1810. Mais on s'assura, après sa mort, que ces soupçons n'avaient rien de fondé. Il fut long-temps d'usage de ne confier les fonctions diplomatiques qu'à des personnes de la plus haute naissance. On connaît, à ce sujet, la conversation de Philippe II avec un bourgeois bourguignon que lui envoyait Henri IV en qualité d'ambassadeur : « Etes-vous gentilhomme, lui demanda le roi ? — Oui, répondit l'ambassadeur, si Adam l'était. — De qui êtes-vous fils? — De mes vertus. » Cet ambassadeur était l'illustre président Jehannin, fils d'un tanneur d'Autun. Philippe II n'eut pas envie de continuer.

[1] L'inviolabilité s'étend même aux simples parlementaires pendant la guerre. On sait que, les Turcs ayant tiré sur une



rain. La force publique ne peut s'y introduire sous aucun prétexte, soit pour y arrêter des gens de la suite de l'ambassade, soit pour y pratiquer des saisies en vertu de jugements. Cependant on ne reconnaît point aux ministres le droit d'asile, parce que s'ils sont inviolables, ils ne doivent pas non plus attenter à la sûreté du pays où ils résident, en prêtant leur protection aux criminels [1].

Exemption de la juridiction civile et criminelle du pays. — Un ministre étranger ne peut point être traduit devant les tribunaux du pays pour dettes civiles ou pour quelque réclamation que ce soit. Il pourrait l'être cependant en matière réelle à raison des immeubles qu'il y possèderait [2]. Quant aux délits qu'il commettrait, on ne peut diriger aucune poursuite criminelle contre lui; mais une demande peut être adressée à son gouvernement, tendante à ce qu'il soit rappelé. Le cas le plus délicat est celui où il machinerait quelque complot contre la sûreté de l'état, de manière à ce qu'il y eût urgence à s'opposer à ses menées. On reconnaît que dans les cas extrêmes on

barque parlementaire que leur envoyaient les amiraux des trois puissances à Navarin, cette violation du droit des gens détermina l'incendie de leur flotte.

[1] Dans ce cas, on peut prendre des précautions pour empêcher l'évasion du criminel, et même pénétrer dans l'hôtel de l'ambassadeur pour le saisir, après sommation préalable. (Kluber, n° 208; Pinheiro, *Cours de Droit public*, tom. II, p. 195.)

[2] Mais, dans ce cas même, il faut citer l'ambassadeur à la manière des absents, et non point par exploit signifié par huissier à sa personne. (Vattel, liv. IV, ch. 9, n° 117.)

peut s'assurer de sa personne, et même le reconduire à la frontière sous escorte, mais sans lui faire aucun mal et sans le livrer aux tribunaux [1].

Exemption des impôts.—Un ministre n'est pas sujet à tous les impôts qui présupposent souveraineté sur celui qui les supporte. Mais si l'impôt pèse plutôt sur la chose que sur la personne, tel que les contributions indirectes frappant les objets de consommation, ou les contributions directes sur les immeubles, il y reste soumis. Quant aux droits de douane, bien qu'il soit d'usage d'en décharger les objets appartenant aux agents diplomatiques, ce privilége doit plutôt être considéré comme une galanterie qui leur est faite que comme un droit que la raison réclame en leur faveur.

Tels sont les principaux privilèges attachés au caractère de ministre. Les simples consuls n'y ont pas droit, tout se bornant à leur égard au principe de l'inviolabilité. Je n'examine pas ici certains autres droits qui peuvent leur être accordés par les lois de leur pays relativement à leurs nationaux, tels que celui de remplir à leur égard le ministère d'officier de l'état civil ou de juger leurs différends comme tribunal de première instance. Mais ceci est étranger à leurs fonctions diplomatiques [1].

[1] C'est ce qui fut pratiqué du temps de la régence contre le marquis de Cellamare, ambassadeur d'Espagne, qui conspirait contre la France (1718). V. Martens, n° 218. On cite plusieurs autres exemples du même genre.

§ IV.

De l'Etiquette.

Quand on parle d'étiquette, il ne peut pas être question de droit rationnel. Cependant elle tient une si grande place dans la diplomatie, elle a causé tant de ruptures et paralysé tant de bonnes intentions, qu'on ne peut se dispenser d'en dire un mot en parlant du droit des gens. Celui qui parviendrait à ôter les épines du buisson du cérémonial, devrait être considéré dans son genre comme un des bienfaiteurs de l'humanité [1].

L'étiquette soumet à ses lois même les souverains, qui ne sont pas libres de prendre le titre qu'ils veulent; ou du moins s'ils peuvent prendre ce titre dans l'intérieur de leurs états, les autres puissances sont libres de ne pas le reconnaître, et par conséquent de leur en contester les honneurs [2].

Entre les têtes couronnées, la plupart posent le principe de l'égalité de rang, sans distinction entre

[1] Gregorio Leti, Lünig, Dumont, Moser, et beaucoup d'autres, ont écrit des traités spéciaux sur le cérémonial des cours.

[2] Frédéric I prit de lui-même le titre de roi. Le Pape protesta, mais n'empêcha pas la reconnaissance d'abord par l'Angleterre (1701), ensuite par la France (1713). La Suède tarda jusqu'en 1723, et la Pologne jusqu'en 1764. — Bonaparte se déclara aussi empereur, et fit reconnaître son titre par toutes les puissances de l'Europe, l'Angleterre exceptée.

les états royaux et les états impériaux [1]. Les souverains catholiques cèdent la préséance au Pape [2]. Ceux qui ont le titre d'Altesse Royale, tels que les grands-ducs, passent immédiatement après les rois. Les républiques cèdent aussi d'ordinaire le pas aux rois et aux empereurs; mais elles le contestent aux autres souverains [3]. Hors de là tout est livré à la controverse.

[1] Autrefois le rang des puissances était fixé par le règlement de Jules II (1504), ainsi qu'il suit : 1. l'empereur des Romains; 2. le roi des Romains; 3. le roi de France; 4. le roi d'Espagne; 5. le roi d'Arragon; 6. le roi de Portugal; 7. le roi d'Angleterre; 8. le roi de Sicile; 9. le roi d'Ecosse; 10. le roi de Hongrie; 11. le roi de Navarre; 12. le roi de Chypre; 13. le roi de Bohême; 14. le roi de Pologne; 15. le roi de Danemarck; 16. la république de Venise; 17. le duc de Bretagne; 18. le duc de Bourgogne; 19. l'électeur palatin; 20. l'électeur de Saxe; 21. l'électeur de Brandebourg; 22. l'archiduc d'Autriche; 23. le duc de Savoie; 24. le grand-duc de Florence; 25. le duc de Milan; 26. le duc de Bavière, etc. — J'ai cité ce tableau pour montrer le chemin qu'ont fait certaines familles et certains états depuis trois siècles. Inutile de dire que la réforme religieuse a bouleversé le règlement de Jules II. Aujourd'hui plusieurs états royaux reconnaissent à certains autres un droit de suprématie, par exemple le Portugal et la Sardaigne aux rois de France, d'Angleterre et d'Espagne. Le Danemarck ne le cède qu'à la France. Il prétend lui-même passer avant la Suède, qui, de son côté, élève une pareille prétention à son égard. (V. KLUBER, nº 96.)

[2] Bien entendu que les états non catholiques ne souscrivent pas à cette déférence. Ils ne reconnaissent dans le Pape que le souverain temporel des Etats-Romains.

[3] Les républiques, dans les temps modernes, ont été quelquefois plus exigeantes, notamment la république française, qui a toujours insisté pour conserver le rang qu'avait auparavant la couronne de France, et qui se l'était fait maintenir.

C'est surtout entre les agents diplomatiques que ces discussions s'agitent avec ardeur. A peine sont-ils arrivés, que la question des visites commence. Un ambassadeur fait notifier son arrivée aux ambassadeurs précédemment accrédités, par un secrétaire d'ambassade; il doit recevoir d'abord leur visite, qu'il leur rend immédiatement. Quand le nouvel arrivé est un ministre de seconde ou de troisième classe, il doit faire la première visite aux ambassadeurs, après s'être fait fixer leur heure; il se rend aussi chez les ministres d'un rang égal au sien, auxquels il se contente de laisser une carte, mais il doit aller à leur porte en carrosse [1].

Le ministre, à son arrivée, a droit à une audience du souverain pour lui remettre ses lettres de créance. Cette audience est plus ou moins solennelle selon la classe à laquelle appartient le ministre; mais il doit y avoir dans chaque état un règlement fixant un mode de réception uniforme pour tous les ministres d'une même classe, quelle que soit la puissance qu'ils représentent [2].

L'envoyé doit prononcer son discours dans la langue publique de son pays, ou en français.

L'ambassadeur a droit à des honneurs particuliers, comme d'être conduit et reconduit dans un carrosse de gala de la Cour, attelé de six chevaux, d'être reçu

[1] Kluber, § 227.

[2] L'art. 5 du règlement du congrès de Vienne impose cette obligation à tous les états contractants.

avec les honneurs militaires, tambours battant aux champs, de parler couvert devant le souverain, etc.[1].

Quand les négociations s'engagent, surtout s'il s'agit d'un congrès, les difficultés du cérémonial redoublent. Il faut quelquefois de longues négociations pour déterminer comment on entrera dans la salle, et dans quel ordre on s'assiéra autour du tapis vert[2].

Il est généralement reconnu que le ministre d'une classe supérieure a le pas sur celui d'un rang inférieur, sans avoir égard à la nation à laquelle il appartient. Entre ministres d'un rang égal, la préséance se décide par la qualité du souverain. Si les souverains prétendent à l'égalité de rang, l'on négocie, l'on dépense quelquefois plus de génie qu'il n'en faudrait pour gagner des batailles, et d'ordinaire l'affaire se résout par des transactions, par l'alternat, par des palliatifs ou des subterfuges, accompagnés de protestations et de réserves pour l'avenir[3].

Un traité vient-il à être conclu, l'étiquette recom-

[1] Les ambassadeurs ne se départent du droit de parler couverts que dans les audiences du pape. Si c'est une impératrice ou une reine qui leur donne audience, ils font seulement le geste de vouloir se couvrir, mais ils ne se couvrent pas. (Klüber, § 224.)

[2] La place d'honneur à une table est celle du milieu vis-à-vis la porte d'entrée. Dans une marche, celui qui a la préséance marche en tête, si l'on est à la file; mais si l'on marche de front, il se place au milieu, quelquefois avancé de la longueur d'une tête de cheval.

[3] Voici quelques-uns des expédients imaginés pour sortir d'embarras: On accrédite un ministre d'une classe inférieure

mence pour savoir comment on le signera : car il y a des places d'honneur pour les signatures comme pour les personnes [1]. Il n'est pas moins délicat de savoir qui sera nommé le premier dans le corps de l'écrit. D'ordinaire on convient de faire autant de copies qu'il y a de contractants, et chacun se donne le premier rang dans sa copie [2].

Tout ce qui précède est pour l'étiquette de terre ferme; mais l'étiquette maritime n'est pas moins tyrannique que la première. Les hommes ont transporté les petitesses du cérémonial jusque sur les abîmes de l'Océan, qui semblerait ne devoir laisser de place dans leur ame que pour les hautes pensées et le sentiment de leur égalité native.

Une peccadille dans le salut maritime a quelquefois fait couler des flots de sang [3].

Le salut maritime se distingue en salut du canon; en salut du pavillon, que l'on descend plus ou moins

à celui de l'état avec lequel on ne veut pas entrer en lutte; on s'assemble dans une partie de chasse; on choisit une salle à plusieurs portes, afin que les deux ministres fassent leur entrée en même temps; on s'assied à une table ronde, etc. Depuis quelque temps, il paraît passer en coutume que le ministre qui a présenté ses lettres de créance le plus anciennement, obtient le pas.

[1] Ordinairement les signatures se mettent sur deux colonnes. La place d'honneur est la première de la colonne de droite dans l'ordre du blason (à la gauche du lecteur); la seconde place est au-dessus de la colonne suivante, et ainsi de suite.

[2] Real, *Science du Gouvernement*, tom. v, p. 41. Klüber, nº 100, etc.

[3] V. des exemples dans Engelbrecht, *de Servit. Jur. publ.*, sect. I, § 5.

ou que l'on dépose tout-à-fait; et en salut des voiles, qui consiste à baisser les huniers jusqu'à mi-mât [1].

Le salut du canon se fait en tirant un certain nombre de coups de canon toujours impair [2]; ce nombre n'excède jamais 21, qui est le salut royal. Il doit être rendu immédiatement, et quelquefois coup pour coup, mais pas toujours en nombre égal. Cela dépend de la distance de grade entre l'officier qui fait le salut et celui qui le rend.

Le salut du pavillon, qui n'est pas, comme le précédent, une simple politesse, est forcé de la part du vaisseau qui approche une forteresse ou un vaisseau de guerre, dans leur ligne de respect ou dans une mer sujette de leur nation. C'est peut-être le seul salut qu'on puisse justifier en raison: car il est un signe que celui qui le fait reconnaît l'autorité de la puissance dans les eaux de laquelle il entre, et qu'il y pénètre comme ami.

Quant au salut des voiles, il n'est imposé qu'aux seuls vaisseaux marchands.

Voici maintenant les règles suivies pour connaître et le mode du salut et qui doit saluer le premier.

Dans les mers sujettes, les vaisseaux étrangers, isolés ou en flotte, saluent les premiers du canon et du pavillon, soit les forteresses sous le canon desquelles ils passent, soit le port avant d'y entrer, soit

[1] Sur ce point et sur ce qui suit, v. MARTENS, n° 158; KLUBER, n° 118 et suiv.

[2] La Suède seule a l'usage de saluer en nombre pair.



les vaisseaux de guerre qu'ils rencontrent[1]; on leur répond du canon seulement. L'instant où le contre-salut doit commencer dépend du nombre des vaisseaux et de leur grade.

Dans les mers libres, un vaisseau d'un grade inférieur salue le premier le vaisseau supérieur, qui lui rend son salut par un nombre de coups moindre, selon le grade. Tout vaisseau naviguant seul salue le premier une flotte ou une escadre. Quant au point de savoir si le salut doit être du canon et du pavillon, ou du canon seulement, c'est un point discuté, qui occasione souvent des querelles[2].

Enfin, les vaisseaux marchands rencontrant des vaisseaux de guerre sont tenus de les saluer des voiles, cérémonie très-onéreuse quand le navire est en marche, et dont plusieurs puissances sont déjà convenues de s'affranchir.

Quand un vaisseau qui doit le salut ne paraît pas s'y disposer, on le somme de le faire par une semonce; et en cas qu'il n'y obtempère pas, on a vu quelquefois la partie offensée user du procédé sommaire, mais inexcusable, de tirer sur lui à boulet.

1 Il n'y aurait d'exception que pour le cas où le vaisseau porte un prince souverain, cas auquel la forteresse doit saluer la première.

2 Les rois ont souvent prétendu que leurs vaisseaux fussent salués les premiers par les vaisseaux des républiques, du canon et du pavillon, pendant qu'eux-mêmes ne rendraient le salut que du canon; ils ont même demandé que le salut fût omis plutôt que de le recevoir sur le pied de l'égalité. (V. Martens, nº 160.)

Ces règles conventionnelles, qui ne rapportent ni honneur ni profit à personne, ne prennent de l'importance que parce qu'elles peuvent devenir une occasion de rupture entre des états puissants, persuadés qu'il est de leur dignité de soutenir les querelles engagées par leurs subordonnés.

§ V.

De la Guerre.

Quand deux peuples ont épuisé tous les moyens de s'entendre, sans pouvoir y parvenir, lorsque d'ailleurs ils croient tous deux avoir la justice de leur côté, ce qu'il faut toujours supposer, ils n'ont plus qu'à faire marcher le canon. C'est l'*ultima ratio regum*, puisque aussi bien la force est le seul moyen de terminer les différends entre ceux qui ne reconnaissent pas de supérieur commun.

On s'est fait sur la guerre des idées inexactes, source de bien des calamités privées. Les uns l'ont définie un état permanent de violences indéterminées [1]; les autres, l'art de détruire les forces de l'ennemi [2]. Je crois qu'il serait plus exact de définir la

[1] MARTENS, *Précis du Droit des Gens*, n° 263.

[2] C'est la définition vulgaire. Pinheiro-Ferreira, *Droit public*, tom. II, p. 85, veut y substituer celle-ci : *L'Art de paralyser les forces de l'ennemi*, pour exclure l'idée de cruauté qui s'attache à celle de destruction. Mais cette définition a le tort de ne pas in-

guerre *l'art de forcer le gouvernement ennemi à faire une paix juste.* Les conséquences suivantes résulteraient de cette définition.

1° Il ne serait permis de déclarer la guerre que pour un motif de justice évident.

2° La guerre ne serait pas censée déclarée à l'état ennemi tout entier, même aux particuliers qui n'en peuvent mais. On ne la considérerait que comme existant de gouvernement à gouvernement; elle n'autoriserait jamais la violation des propriétés privées.

3° On ne réputerait licite entre belligérants que ce qui peut amener plus vite la conclusion d'un arrangement; on réputerait cruauté inutile tout ce qui n'aurait pas ce résultat, avec d'autant plus de raison que des rigueurs non nécessaires, en aigrissant les esprits, reculent l'instant où la paix pourra être signée.

Développons un peu plus les principes qui viennent d'être énoncés.

§ VI.

Des justes Motifs de Guerre.

Sans prétendre énoncer ici les cas dans lesquels une puissance peut se prétendre blessée dans ses droits légitimes, j'examinerai certaines hypothèses contestées, en remarquant que la guerre est un si

diquer le but que l'on se propose par la guerre, but qui peut seul la légitimer.

grand malheur public et privé, qu'on ne devrait s'y résoudre que par la nécessité, et jamais par la seule impulsion de l'orgueil blessé, de la jalousie, et d'autres passions de cette nature.

Accroissement de Puissance. — On reconnaît aujourd'hui que l'accroissement de puissance d'un état par des moyens légitimes n'est point une cause de guerre, par exemple quand il voit sa puissance s'augmenter par le commerce, par des alliances, ou par le développement de la population. Ajoutons qu'on n'aurait jamais dû en douter [1].

Accroissement de Territoire, Rupture de l'Equilibre politique [2]. — Mais il n'est pas aussi bien convenu qu'une puissance n'ait pas droit à s'opposer à ce qu'une autre puissance augmente son territoire par des conquêtes, par des mariages ou par des cessions volontaires. Les uns se moquent d'un prétendu équilibre qui ferait à chaque état une part invariable, et qu'ils appellent la *loi agraire* du droit des gens [3]; les autres pensent que la prudence peut autoriser une nation à prendre ombrage des augmentations de force qui peuvent la menacer dans l'avenir [4]. Quoi qu'il en soit, on ne saurait douter que toute nation, ayant le droit

[1] Grotius, lib. I, c. 16, nº 17.

[2] Le système de l'équilibre européen naquit au XVIe siècle, lorsque la France, sous François Ier, et l'Autriche, sous Charles V, acquirent une prépondérance contre laquelle les autres états ne pouvaient lutter isolément. Depuis, sa forme et son but se sont souvent modifiés, mais le principe subsiste en fait.

[3] Kluber, § 42.

[4] Martens, § 121 et suiv.

incontestable de s'allier avec l'une des parties belligérantes, ne puisse venir au secours de celle contre qui l'on dirige une guerre de conquête. On ne saurait douter non plus que plusieurs peuples ne puissent se garantir réciproquement par des traités la possession de leur territoire, en s'interdisant de rompre l'équilibre existant. Il n'y aurait donc de difficulté qu'en l'absence de ces traités, et pour le cas où l'agrandissement résulterait d'un fait licite et volontaire. Dans ce cas, on ne peut se dissimuler que la prudence donne plus de droits aux gouvernements qu'aux particuliers, parce que les particuliers, quelle que soit l'alarme qui les menace, ont la ressource d'en appeler à la justice du pays. Mais à quelle justice en appellerait le gouvernement qui aurait laissé son adversaire acquérir une prépondérance invincible? La question dépendra donc beaucoup du degré d'appréhension légitime que ce gouvernement a le droit de concevoir [1].

Révolutions intérieures. — Les révolutions intérieures ne sont point, en général, un motif d'intervenir dans les affaires d'un peuple, d'après le principe de l'in-

[1] Pinheiro-Ferreira (Notes sur Martens, tom. II, note 64) distingue si l'accroissement territorial est le résultat de la volonté des deux nations, ou si elles ne l'ont pas voulu. Cela n'est point exact: 1° parce que celui qui fait la guerre, en ce cas, ne la fait pas pour venger les droits d'autrui, mais dans l'intérêt de sa propre sécurité; 2° parce qu'il n'y a aucun moyen de juger compétemment si les deux peuples, dans l'hypothèse d'un mariage ou d'une succession, désirent la réunion ou ne la désirent pas.

dépendance des nations aujourd'hui reconnu. On peut dire, je le sais, que, de même qu'un souverain peut s'allier avec un autre souverain, il peut aussi s'allier avec l'un des partis qui sont en lutte, et lui prêter secours contre les autres. Toutefois, pour que cette intervention fût juste, il faudrait commencer par supposer que le parti secouru a pour lui les vœux de la majorité de la nation. Et encore ce principe entraînerait-il bien des inconvénients : car si une puissance étrangère se croit en droit d'intervenir pour les uns, une autre puissance croira pouvoir le faire pour les autres. On ne peut cependant se dissimuler que, si la lutte était longue et sanglante, l'acte des puissances étrangères qui s'interposeraient pour empêcher l'effusion du sang, ne fût plutôt à louer qu'à blâmer, surtout si elles le faisaient sans aucune vue d'intérêt personnel; mais d'ordinaire il n'en est pas ainsi : ce qui les décide à intervenir, c'est bien plutôt la solidarité de ce qu'on appelle un principe politique. Quant au peuple lui-même auquel il s'agit de donner un gouvernement, quant à ses intérêts ou à ses vœux, qui devraient seuls être pris en considération, c'est la dernière chose que l'on consulte.

Violation de la Loi naturelle. — On a élevé la question de savoir si les crimes commis par un peuple, non point contre les puissances étrangères, mais dans son régime intérieur, ne seraient pas une juste cause de lui faire la guerre dans l'intérêt de l'humanité. Grotius répondait affirmativement. Mais on a repoussé avec raison cette doctrine dangereuse, qui servirait

à colorer bien des interventions [1]. Les états indépendants, qui sont entre eux sur le pied d'égalité, ne peuvent prétendre au droit de justice criminelle les uns sur les autres, car ce droit suppose une supériorité qui n'existe pas. Ils ne peuvent s'attaquer que par mesure de défense ou de sûreté.

Armements extraordinaires. — Toute puissance a le droit d'armer; mais on admet aussi que les états voisins ont le droit de lui demander des explications. Si ces explications ne sont pas satisfaisantes, si elles sont hautaines, ou s'il n'en est point donné, les autres puissances peuvent, selon les cas, prendre les armements comme une démonstration hostile, et suivre l'inspiration de leur intérêt [2].

§ VII.

De ce qu'autorise l'Etat de Guerre.

La guerre n'est faite que pour amener la paix; elle n'est pas faite aux particuliers, mais au gouvernement. Voilà les deux principes dont il faut partir pour savoir ce que l'état de guerre autorise.

L'état de guerre autorise tout moyen loyal de vaincre la résistance de l'ennemi, de paralyser la force publique de l'état, et de l'amener à une paix légitime.

[1] Vattel, liv. II, ch. 1, n° 7.
[2] Kluber, § 40. Pinheiro, *Cours de Droit public*, t. II, p. 154.

1° *Du Droit sur les Prisonniers.* — Le général qui a fait des prisonniers, n'a pas d'autre droit sur eux que de les garder jusqu'à la fin de la guerre, afin de les mettre hors d'état de lui nuire. Tuer des prisonniers sous prétexte qu'on ne pourrait les surveiller, ou combattre sans faire de quartier, est une cruauté indigne, qui ne serait pas même permise à titre de représailles, comme on le dira bientôt [1].

2° *Du Pillage.* — Le pillage ne serait licite qu'autant qu'il s'agirait des ressources publiques de l'état belligérant, de ses caisses ou de ses munitions de guerre. Mais quant aux biens des particuliers, ils doivent être sacrés. L'usage contraire, qui n'est pas encore entièrement aboli, reposait sur cette fausse idée, que la guerre, une fois déclarée, l'était à tous les citoyens, armés ou non, tandis qu'au contraire elle n'autorise à traiter en ennemi que l'état et ceux qui le servent les armes à la main [2].

[1] Les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens positif prétendent que l'on ne considère comme prisonniers de guerre que les militaires proprement dits; que les citoyens autres que les officiers et soldats, lorsqu'ils sont pris les armes à la main, peuvent être jugés et punis sévèrement. Dans tous les cas, il faudrait faire exception pour les gardes nationales; et quant aux simples bourgeois, on ne voit pas le crime qu'ils commettent en prenant les armes pour leur pays.

[2] Les publicistes sont d'accord sur ce point. Quant au pillage des effets de la puissance belligérante, si ces effets sont repris dans les 24 heures, on leur applique le *postliminium*. Après ce délai, celui qui les a achetés ne peut plus en être dépossédé (Klüber, n° 254). On admet aussi pour les prises maritimes qu'après 24 heures, s'il y a reprise, le bâtiment n'appartient

3° *Du Droit de frapper des Contributions.* — Le droit de frapper des contributions sur une ville ennemie n'est pas plus fondé que le droit de pillage. Ce sont les bourgeois qui paient la résistance que les militaires ont faite. Tout au plus peut-on dire qu'il est permis, dans le cas de nécessité, de lui imposer une réquisition en denrées ou fourrages, par suite du même principe qui lui fait imposer la charge des logements militaires. Encore serait-il juste que celui qui est vaincu en définitive payât tous les dommages causés.

4° *Des Lettres de Marque.* — L'état qui fait la guerre sur mer délivre des lettres de marque à des armateurs qui courent sus aux vaisseaux marchands de la puissance ennemie. Ces lettres de marque leur confèrent un caractère militaire qui les distingue des pirates et les empêche d'être punis comme tels; ils deviennent les auxiliaires de la puissance qui les emploie; ils sont placés sous les ordres do ses amiraux; les captures qu'ils font leur appartiennent, après qu'elles ont été déclarées de bonne prise par un tribunal maritime. On est d'accord que la cause doit être jugée par les tribunaux de la nation du capteur [1].

C'est du reste par une contradiction inexcusable que, tout en abandonnant le principe du pillage des biens particuliers, on a maintenu jusqu'à nos jours l'usage des lettres de marque, comme si ce qui est

plus à son ancien maître, mais à celui qui l'a repris. Toutes ces règles paraissent fort injustes. (V. Pinheiro, *Cours de Droit public*, tom. II, p. 138.

[1] Kluber, n° 260.

mal sur terre pouvait être légitime sur mer. Le vaisseau d'un marchand devrait être aussi sacré que sa boutique; du moins on n'a rien allégué jusqu'ici pour montrer la différence.

5° *Du Blocus.* — Le blocus est un moyen d'hostilité par lequel une puissance isole un port de mer en empêchant tout navire d'y entrer ou d'en sortir. Déclarer un port en état de blocus, est causer un préjudice grave, non-seulement à l'état belligérant, mais encore à ceux qui font du commerce avec lui. D'un autre côté, ne pas reconnaître ce blocus serait une sorte d'intervention en faveur de l'état qui souffre de cette mesure. Le principe adopté dans le droit des gens est que tout blocus doit être respecté pourvu qu'il soit effectif, c'est-à-dire pourvu qu'il existe une force maritime suffisante devant le port bloqué. L'usage est que l'officier commandant l'escadre de surveillance laisse entrer les bâtiments qui prouvent avoir été chargés avant la déclaration du blocus. Quant à ceux qui tenteraient d'entrer en fraude, ils peuvent être capturés [1].

6° *Des Représailles et de la Rétorsion.* — On appelle plus particulièrement représailles le fait de répondre à une rigueur par une pareille rigueur; et rétorsion, le

[1] MARTENS (n° 314) va jusqu'à dire qu'on peut infliger à ceux qui tenteraient de violer le blocus, *des peines afflictives et la mort*. Que cela se soit vu, comme bien d'autres abus de pouvoir, je n'en doute pas. Mais que le droit y autorise, c'est autre chose. Comment punira-t-on alors les assassins et les parricides!

fait de rendre une loi ou une ordonnance semblable à celle rendue par l'ennemi.

Certains auteurs croient que tout est permis par représailles. Si l'ennemi fait fusiller dix prisonniers, vous pouvez en faire fusiller dix. S'il ne fait pas de quartier, vous êtes en droit de n'en pas faire non plus. On ne saurait trop s'élever contre cette sauvage théorie. Encore si les représailles frappaient celui qui a commandé les cruautés qui les motivent! Mais elles tombent toujours sur des innocents qu'on en rend responsables par la plus barbare des solidarités. Elles ne se justifieraient pas même quand elles seraient un moyen de prévenir le retour du mal. L'opinion que tout ce qui est utile est légitime, pourrait seule se payer d'une pareille excuse [1].

7° *Des Ruses de Guerre.* — C'est une vieille question, que de savoir s'il est permis d'employer la ruse contre l'ennemi. Les auteurs qui répondent par oui ou par non d'une manière absolue, ne peuvent être dans le vrai. La ruse est légitime toutes les fois que la confiance de l'ennemi n'est pas motivée par la croyance où il a dû être que nous ne manquerions pas à l'honneur et à la morale; au cas contraire, elle est illégitime. Ces soldats qui s'introduisaient dans une forteresse, cachés dans une voiture de foin, ne blessaient pas le droit des gens. Mais le général qui conviendrait d'un armistice pour surprendre l'ennemi sans défiance, serait coupable d'une lâcheté [2].

[1] Pinheiro, tom. II, not. 59.

[2] On a discuté bien d'autres questions, comme de savoir si un

§ VIII.

Du Droit des Neutres.

On appelle neutre une nation qui déclare ne prendre parti pour aucun des belligérants [1].

Si cette nation se borne à un pur état d'inaction, il y a neutralité simple; il y a neutralité armée, si elle lève des forces suffisantes pour veiller à la protection de ses droits.

Il semble d'abord que les droits de la neutralité doivent se réduire, sans beaucoup de complication, aux points suivants : 1° que le territoire des neutres soit inviolable; 2° qu'ils ne prêtent secours à aucun

général peut intercepter les courriers et violer le secret des lettres. Pour les correspondances de l'état, cela ne peut pas être douteux : car il serait singulier qu'il fût tenu de respecter les secrets de ceux dont il n'est pas tenu de respecter la vie. Mais pour les lettres privées, il n'a pas le droit de les ouvrir. Il n'a pas le droit non plus de corrompre les officiers ennemis pour acheter leur défection. Enfin, je n'ai pas même eu besoin de dire que celui qui empoisonnerait les puits ou les provisions de bouche serait mis au ban de la civilisation. Klüber prétend qu'il n'est pas permis non plus de charger les armes à deux balles, ou avec deux moitiés de balle, ou à balles mâchées, ni de charger le canon avec des ferrailles ou du verre (n° 244). Il devrait être également réprouvé de lancer des bombes autre part que sur les forteresses ou sur les magasins de l'ennemi.

[1] Sur le droit des neutres en général, v. KLUBER, n° 279 et suiv.; MARTENS, 305 et suiv.; VATTEL, liv. III, ch. VII; PINHEIRO, *Droit public*, tom. II, p. 102 et suiv.

des belligérants, soit directement par une coopération active, soit indirectement par le commerce des denrées de guerre [1]; 3° qu'ils restent libres, du reste, de poursuivre tout autre commerce avec eux, et de naviguer sur leurs côtes ou de port en port, sauf le cas de blocus.

Ces principes auraient probablement triomphé partout, sans le droit que s'arrogent les belligérants de saisir sur mer les vaisseaux marchands de la puissance ennemie. On convient que ceux des neutres doivent être respectés. Mais comment vérifier la nationalité du navire? que décider par rapport au navire neutre qui aurait chargé des marchandises ennemies, ou *vice versa* par rapport aux marchandises des neutres qui se trouveraient sur un navire ennemi? quel est le sens de la fameuse maxime : *Le pavillon couvre la marchandise?* Sur ces questions en général, le droit commun de l'Europe paraît adopter une jurisprudence contre laquelle une seule nation persiste à protester.

On reconnaît d'abord que si les navires marchands naviguent *sous convoi*, c'est-à-dire sous l'escorte d'un bâtiment de guerre neutre, le navire belligérant doit se contenter de la parole de l'officier commandant, que les navires sous son escorte sont de sa nation, et qu'ils ne contiennent pas de denrées de contrebande [2].

Au contraire, s'agit-il d'un navire sans convoi, il

[1] C'est ce qu'on appelle marchandise de contrebande.
[2] KLUBER, n° 293.

est tenu de subir la visite, c'est-à-dire d'exhiber, sur semonce, ses papiers de bord à l'officier qui l'accoste, afin que celui-ci puisse s'assurer de sa nationalité et de la nature de son chargement [1].

S'il résulte de la visite que le bâtiment est réellement neutre, il doit être relâché, quand même il aurait en tout ou en partie un chargement pour le compte de négociants ennemis, à l'exception toutefois des marchandises de contrebande, qu'il doit s'offrir à céder. Mais, par contre, si le navire est ennemi, la cargaison, même appartenant à des neutres, est confisquée. Tel est le sens de la maxime : *Le pavillon couvre la marchandise* [2].

L'Angleterre seule n'admet pas cette règle, et prétend s'en tenir à celle du *consolato del mare*, d'après laquelle toute marchandise ennemie peut être saisie à bord de quelque bâtiment que ce soit [3]. La règle

[1] MARTENS, n° 321.

[2] KLUBER, n° 299. MARTENS, n° 323.

[3] On appelle *consolato del mare* une ancienne loi maritime généralement observée dans le moyen âge sur les côtes de la Méditerranée, en Italie, en Espagne, et ailleurs. Suivant M. Pardessus (Collection de Lois maritimes, tom. II, p. 24), cette ancienne loi, primitivement rédigée en langue romane, n'est pas postérieure à 1400, quoiqu'on ait prétendu lui assigner une antiquité bien plus haute. Voici sa disposition sur le point en question : « *Si la nau ò lo leny qui pres sera, es de amichs, e la mercaderia que ell porterà serà de enemichs, l'almirall de la nau ò del leny armât pot forçar e destrenyer aquell senyor de aquella nau ò de aquel dit leny, que el pres haurà, que ell ab aquella sua nau li deja portar ço que de sos enemichs serà.*

(Chapitre 276.)

anglaise, qui n'est peut-être pas plus injuste au fond que celle des autres puissances, est infiniment plus onéreuse au commerce des neutres dans la pratique, en les assujettissant à des recherches et à des vexations continuelles.

D'après ce que nous avons dit plus haut, le principe du respect de la propriété individuelle devrait, aussi bien sur mer que sur terre, couper court à toutes ces difficultés.

§ IX.

De la Paix perpétuelle.

Quelques écrivains, touchés des désastres qu'entraîne la guerre, même pour celle des puissances qui en sort à son avantage, ont prétendu signaler les moyens d'en prévenir le retour.

La base de leur projet de paix perpétuelle consisterait dans une confédération pareille à celle qui lie aujourd'hui les peuples de race germanique. Cette confédération, qui comprendrait tous les peuples européens, aurait une diète où chaque nation serait représentée, et les litiges entre les divers membres de l'union seraient jugés par ce haut tribunal amphyctionique, sans qu'il leur fût permis de recourir à la voie des armes.

Cette honnête pensée, qui vient originairement de la France, a été acceptée avec ardeur par les philo-

sophes allemands [1]; on ne peut que faire des vœux pour sa réalisation. Deux choses seraient nécessaires pour cela : d'abord, que la raison publique fît assez de progrès pour que tous les peuples consentissent à abdiquer leur souveraineté au profit de la ligue européenne ; la seconde, que la puissance des divers états fût assez également répartie pour qu'il ne dépendît pas de l'un d'entre eux, ou de deux qui formeraient une alliance, de braver le reste de l'Europe, en cas que les arrêts de la diète vinssent à leur déplaire.

On peut juger si nous sommes près de voir cette utopie se réaliser.

CHAPITRE III.

Du Droit constitutionnel [2].

Le droit constitutionnel, qui détermine la forme du gouvernement, est peut-être celui dont les règles varient le plus d'après les circonstances. Le but de

[1] L'abbé de St-Pierre mit le premier cette idée en avant dans son *Projet de paix perpétuelle*. Kant l'a renouvelée en Allemagne dans son écrit intitulé : *Zum ewigen Frieden* (à la paix perpétuelle).

[2] Nous sommes peu riches en traités *ex professo* sur le droit constitutionnel. On peut consulter le *Cours public d'Histoire du Droit politique et constitutionnel*, par M. Ortolan, Paris 1831; les *Constitutions de la Nation française*, avec un *Essai de Traité*

tout gouvernement est de protéger les individus; le devoir de ceux-ci est d'obéir : car il n'y a pas de protection sans obéissance. Mais les moyens employés pour organiser cette protection, ainsi que le degré d'obéissance qu'elle présuppose, sont très-divers suivant les lieux. L'art de gouverner les hommes est si difficile, qu'on s'en acquitte plus souvent comme l'on peut que comme l'on doit. Néanmoins il est quelques grandes vérités dont la philosophie peut tomber d'accord pour en déduire ensuite les principes des constitutions politiques. Ce sont ces vérités sur lesquelles nous devons d'abord jeter un coup d'œil.

§ I.

De l'Origine du Pouvoir social.

De quelque côté que nous tournions nos regards, nous voyons l'homme vivant en société, et à la tête de ces sociétés un pouvoir qui les gouverne. Ce spectacle a induit les philosophes à rechercher l'origine de ce fait et la raison justificative de ce pouvoir social auquel les individus obéissent.

Une théorie à laquelle Rousseau attacha son nom et le cachet de son génie, est celle du contrat social,

historique et politique sur la Charte, par M. Lanjuinais, Paris 1819; le *Cours de Droit public interne et externe* de Pinheiro-Ferreira, Paris 1830. On annonce sur ce sujet un ouvrage de M. Rossi, qui sera lu avec empressement.

adoptée depuis avec plus ou moins de modifications par Kant, par Fichte et par beaucoup d'autres philosophes [1].

D'après cette théorie, les hommes, primitivement isolés et libres, auraient consenti à renoncer à une portion de leur liberté, en se rapprochant les uns des autres pour former une association. Toutes les institutions, le pouvoir souverain, la justice criminelle, tout ce qui contraint la volonté de l'individu, ne serait que le résultat d'un sacrifice auquel il adhère volontairement, dans l'intérêt de sa sûreté et de son bonheur. Ce contrat n'est point exprès, mais il est tacite. Sans lui, la liberté de l'homme serait inviolable, personne n'ayant le droit de s'élever au-dessus des autres pour leur commander, s'ils n'y consentent.

Malheureusement, l'hypothèse du contrat social n'est qu'une de ces fictions plus ingénieuses que solides, qui ne peuvent coïncider avec les faits. Quel titre a-t-on du consentement qui constitua la société primitive? Où voit-on la preuve du consentement qui la perpétue? Si un homme n'est soumis aux lois que parce qu'il y a consenti au moins tacitement, les insensés ne sont donc soumis à aucune loi, les enfants

[1] Rousseau n'est pas l'inventeur du contrat social, qu'on trouve déjà indiqué dans Platon (*in Criton.*), où Socrate signale ce contrat comme existant tacitement (ἔργῳ), sinon expressément (οὐ λόγῳ). Mais Rousseau lui a donné un développement scientifique nouveau qui l'en fait regarder comme l'auteur. Parmi ceux qui ont le mieux démontré le vide de cette hypothèse, il faut nommer M. Comte, *Traité de Législation*, tom. I, p. 159.

pas davantage ; et cette masse flottante qui vit de son travail au jour le jour, et qui n'aurait pas même le pouvoir de s'éloigner de la société quand elle le voudrait, dira-t-on qu'elle consent à en accepter les lois, et surtout que son consentement est libre?

Dans le système du contrat social, tous les hommes sont censés y être entrés volontairement, y compris les dix-neuf vingtièmes de la population qui n'en ont jamais entendu parler. Un paysan ne sait pas la différence qu'il y a entre les pouvoirs judiciaires et les pouvoirs administratifs ; il n'en est pas moins supposé avoir consenti à la division de ces pouvoirs. Si vous commettez un vol et qu'on vous mette en prison, c'est parce que vous y consentez. Bien plus, quand le bourreau mène un condamné au supplice, il ne l'y mène qu'en vertu de son consentement ; autrement il lui ferait une injustice. Rousseau a essayé d'expliquer comment un homme peut consentir à être pendu, quoiqu'il n'ait pas le droit de disposer de sa vie [1]. Il est vrai que si cet homme pouvait consentir à s'échapper, il s'empresserait d'y donner son assentiment, mais la société est là qui l'en empêche.

C'est le propre de toutes les associations formées par contrat, que chacun des sociétaires puisse s'en retirer, quand bon lui semble : précaution nécessaire contre l'oppression des minorités par les majorités. De quel droit, en effet, l'autorité que vous aurez con-

[1] Rousseau, *Contrat social*, liv. II, ch. 5. — Beccaria, plus conséquent avec les principes du maître, en avait conclu que la peine de mort était illégitime.

stituée sera-t-elle légitime pour moi qui n'en ai pas voulu? Et de quel droit me contraindrez-vous à rester avec vous dans une communauté que vous rendez injuste? Aussi la doctrine du contrat social est-elle au fond de toutes les révoltes : car ceux qui s'insurgent contre les lois de leur pays ont pour prétexte qu'ils n'y ont pas consenti ou qu'ils n'y veulent plus consentir.

Quoi qu'il en soit, ces discussions sur l'origine de la société peuvent paraître oiseuses, s'il est vrai, comme l'a remarqué un publiciste anglais, « qu'on n'a jamais vu aucune tribu assez brute pour vivre sans gouvernement, ni assez éclairée pour en établir un par le consentement de tous [1]. » La vérité est que la société n'est ni un fait fatal ni un fait entièrement volontaire; que les hommes ont probablement toujours vécu réunis, et qu'ils ne vivront jamais autrement, sans qu'on doive pour cela les assimiler aux fourmis et aux abeilles; que la société, conforme à la nature de l'homme, est pour lui la source d'un bien-être infini; qu'il serait cependant loisible aux individus de se retirer de l'association de leurs semblables, sans qu'on pût les accuser de violer les devoirs de l'humanité; mais que ce fait, contraire à leurs intérêts, ne se réalisera jamais sur une grande échelle; qu'enfin, partout et toujours il y aura des sociétés, qu'à la tête de ces sociétés il faut un pouvoir qui gou-

[1] Mackintosh, *Discours sur l'Etude du Droit de la Nature et des Gens.* (Traduit par M. Royer-Collard, professeur à la faculté de droit de Paris.)

verne, que ce pouvoir ne peut pas exister du consentement de tous, et que pourtant, par la force des choses, il faut qu'il se fasse obéir.

Il n'y eut pas besoin pour cela de contrat, pas plus qu'il n'en fallut pour que tous les hommes se vêtissent, pour que tous les hommes parlassent ou pour qu'ils domptassent les animaux. Le premier roi fut un patriarche, père d'une nombreuse postérité. Il rendit à ses enfants la justice sous la tente. D'autres familles, moins puissantes, vinrent chercher sa protection; le renom de sa sagesse les attirait. Leurs descendants restèrent où étaient restés leurs pères; ils respectèrent ce qu'ils avaient vu respecter à leurs pères. Ainsi le premier peuple fut créé.

Plus les états acquirent ensuite de développement, moins l'idée d'un contrat entre tous leurs membres devint soutenable. Il n'est pas à croire qu'un porte-faix de Marseille ait formé une convention avec un porte-faix de Cherbourg pour que les ministres fussent responsables, pour que les journaux qu'ils ne lisent pas s'imprimassent librement, pour que les vins payassent de forts impôts, et qu'ils n'entendissent reconnaître qu'à ces conditions la légitimité du gouvernement. Il n'est pas plus croyable que ces deux porte-faix soient convenus de reconnaître à la Justice le droit de les envoyer en prison s'ils se querellaient, et que sans cette convention leur personne fût inviolable. Mais ce qui est vrai, c'est que l'homme reste où le hasard le fait naître; c'est qu'il vit dans la société de ses semblables, sans avoir le pouvoir d'en sortir et

sans en avoir même l'idée. La raison le soumet, dans ses rapports avec eux, à des règles nécessaires qui constituent le droit. Ces règles, il faut qu'il les subisse volontairement ou involontairement. Mais à coup sûr ce n'est point par un contrat qu'il s'y trouve assujetti.

« Les hommes ne viennent pas au monde pour y faire telle ou telle chose, a dit M. Comte : ils y arrivent comme les plantes, sans intention. Ils naissent membres de telle nation, comme ils naissent enfants de tels pères et de telles mères, sans avoir rien fait pour cela. Ils parlent telle langue plutôt que telle autre, ils sont soumis à telle loi ou à telle forme de gouvernement, non parce qu'ils ont jugé à propos de faire un choix, mais parce qu'il était impossible que cela fût autrement. On naît citoyen des Etats-Unis, comme on naît Grec ou Turc; on n'a pas plus le choix dans un cas que dans l'autre. Chacun se trouve donc attaché à un lieu déterminé par sa naissance, par sa langue, par ses relations de parenté, par ses affections, par ses opinions religieuses, par la profession qu'il exerce, par les propriétés qu'il possède, et par une foule d'autres liens. Des individus peuvent quelquefois passer d'un peuple chez un autre; mais une nation civilisée tient aussi fortement au sol sur lequel elle s'est développée, qu'une forêt tient à la terre dans laquelle elle a jeté ses racines [1]. »

Une chose pourtant est indiquée par le bon sens. Quelle que soit l'origine, quelle que soit la forme du

[1] Comte, *ubi supra*, p. 193.

pouvoir social, il doit gouverner autant que possible conformément au vœu de la majorité; non point qu'il ne soit pouvoir que par le contrat ou le vœu de la majorité: cela peut être ou ne pas être. Mais son intérêt bien entendu est d'agir comme agirait le mandataire de la volonté du plus grand nombre, pour éviter les secousses et les résistances. Voilà pourquoi la doctrine du contrat social, qui fait du pouvoir la résultante de toutes les volontés combinées, arrive souvent à des résultats vrais, quoiqu'elle y arrive en partant de principes très-contestables.

§ II.

Où réside la Souveraineté?

C'est ici la question la plus brûlante du droit constitutionnel. Comment la société s'est-elle constituée? On peut laisser de côté ce point historique sans grand inconvénient. Mais comment doit-elle se régir? Où doit reposer l'arche du pouvoir? D'où dérive la force, le droit, la souveraineté en un mot? C'est une question toujours actuelle, toujours posée, jamais résolue.

Deux opinions extrêmes sont en présence. Les uns, envisageant l'humanité comme accomplissant ici-bas une mission divine, croient que l'état existe pour lui-même, qu'il tend à un but autre que la protection de l'individu, et que Dieu a créé les sociétés pour les sociétés par une fin providentielle que ne

doit point discuter la raison de l'homme. Dans cette doctrine, l'état existe comme absolu ; l'individu est rejeté sur le second plan. Les droits des citoyens s'effacent devant la marche des nations à travers les siècles. Qu'importe si le char de l'idole renverse quelques-uns des fidèles couchés dans la poussière ? Ces idées, qui résultent plus ou moins directement de la philosophie des Vico, des Schlegel, de M. de Schelling, aboutissent à légitimer le pouvoir établi [1]. De là il n'y a qu'un pas pour arriver à la théorie du droit divin.

D'autres pensent que l'humanité n'a pas à se préoccuper ici-bas des desseins de la Providence, dont elle ne peut être informée ; que l'homme n'a d'autre but à considérer que lui-même ; qu'il est un tout, et non une partie ; une personnalité, une volonté libre, et non un accessoire de l'autorité. Ils croient que les gouvernements sont faits pour assurer le bonheur des individus, et que les individus ne sont pas faits pour qu'il y ait matière à gouvernement. Ils en concluent que chaque citoyen naît avec un droit égal de participation aux affaires, de contrôle sur le pouvoir auquel il obéit, et que ce pouvoir ne tire sa légitimité que de la volonté de tous. C'est la doctrine de la souveraineté du peuple [2].

[1] V. Michelet, *Geschichte der letzten Systeme der Philosophie*, tom. II, p. 31 ; Lherminier, *Introduction à l'Histoire du Droit*, p. 191.

[2] On s'étonne de voir que la doctrine de la souveraineté du peuple est celle de tous les théologiens. S. Thomas a dit : *Non cujuslibet ratio facit legem, sed multitudinis, aut principis,*

Mais cette souveraineté du peuple ne peut être que la souveraineté de la majorité. Et alors, dans quelles impossibilités l'on tomberait par ce dogme! Faut-il dire, avec Rousseau, qu'un peuple *est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures, parce que s'il lui plaît de se faire du mal à lui-même, personne n'a le droit de l'en empêcher*[1]? D'ailleurs, n'y a-t-il pas impossibilité matérielle de constater la véritable majorité d'un peuple? Et toutes les constitutions qu'on a prétendu baser sur ce principe n'ont-elles pas été des comédies représentées au profit de quelques-uns, sans que la masse y gagnât ni sous le rapport matériel, ni pour la sincérité de la représentation nationale?

Des publicistes estimables, ne voulant ni de l'une ni de l'autre de ces doctrines, ont dit: La souveraineté n'est pas dans un seul homme, elle n'est pas non plus dans le peuple; elle est dans la raison, dans le vrai, dans la justice. Faux-fuyant honorable, mais qui n'est qu'un faux-fuyant après tout: car la justice a besoin d'un organe parmi les hommes. C'est cet organe qui les gouverne, c'est cet organe en qui repose la souveraineté. A qui appartient ce haut privi-

vicem multitudinis gerentis (prima pars Summ. Theolog., quæst. 90, art. 3). — Suaren est plus explicite: *Dicendum ergo est potestatem condendi leges ex sola rei natura in nullo singulari homine existere, sed in hominum collectione. Hæc conclusio certa sumitur ex D. Thomasio, quatenus sensit principem habere potestatem condendi leges, quam in illum transtulit communitas* (Suaren, de Legib., lib. III, c. 42, etc.).

[1] Rousseau, *Contrat social*, liv. II, ch. 12.

lége d'après la logique et la justice elle-même? Tel est toujours le problème qui reste à résoudre.

Les idées suivantes me paraissent les plus conformes au sens commun.

Il n'y a pas de droit contre le droit. Ceux mêmes qui veulent la souveraineté du peuple illimitée, avoueront sans doute que le peuple devrait respecter la justice, et que, lors même qu'il ordonnerait tout d'une voix une chose inique, la loi ainsi rendue, bien que régulière dans sa forme, serait cependant une loi mauvaise. Cette loi, il faudrait donc la déplorer tout en lui obéissant, il faudrait en hâter le rappel, il faudrait désirer qu'elle ne fût pas.

Mais, maintenant, s'il était prouvé que chez tel peuple donné la majorité est incapable de faire des lois justes, qu'elle ne peut en faire que de mauvaises, devrait-on néanmoins armer cette majorité du pouvoir législatif, en disant avec Rousseau qu'un peuple a le droit de se faire du mal, et que cela ne concerne que lui? Ce langage serait irrationnel : car il conduirait à reconnaître un droit contre le droit. Si ce peuple n'est pas capable de faire le bien, il faut lui ôter le pouvoir de faire le mal. Autrement, on déclarerait approuver des mesures qu'on proclame d'un autre côté condamnables.

Ce serait la plus grande des contradictions que de dire : Ces hommes vont faire le mal, mais ils en ont le droit; et s'ils ne l'ont pas, il faut le leur donner.

De là je conclurais que si tous les citoyens sont éclairés, capables de prendre part au gouvernement

sans péril pour la société et pour la justice, ils en ont le droit : car la société est pour tous, elle n'a pas un but mystérieux, elle existe pour la protection de chacun. Chacun a le droit d'y apporter son contrôle, de savoir comment se dépensent les impôts qu'il paie, et de rectifier les vices d'administration dont il souffre.

Mais si en fait cela n'est pas, si les lumières ne sont pas généralement répandues, si des préjugés grossiers ou sanglants règnent dans les masses, alors il vaut mieux qu'elles soient gouvernées sagement sans elles qu'injustement par elles.

Enfin, si dans la société il n'y a que certaines classes capables de prendre part à la direction politique, ces classes seules devront y être appelées; mais on devra les y appeler : car tout individu qui peut participer au gouvernement sans péril pour l'état, en a le droit, en vertu de l'égalité et de l'indépendance naturelle de tous les hommes.

Tout système de gouvernement fondé sur la souveraineté absolue est donc une chimère impossible à réaliser. Autant l'égalité civile est juste et désirable, autant l'égalité politique serait injuste et dangereuse. Ce qui fait la différence, c'est que les droits civils tendent tous à protéger contre les attaques arbitraires la propriété de l'homme, sa personne ou sa famille, droits qu'il est impossible que tout homme n'ait pas, par cela seul qu'il est homme. Au contraire, les droits politiques aboutissent à exprimer un suffrage sur la marche du gouvernement, à

en blâmer ou à en approuver la direction. Or, ce suffrage présuppose un certain degré de lumières et de prudence qui n'existe pas chez tous.

Ceux qui sont pour la souveraineté absolue, objectent qu'il n'y a aucune manière de constater le degré de lumières ou de moralité auquel les droits politiques commenceront à pouvoir être départis sans inconvénient aux citoyens. Cela est vrai : il n'est pas plus facile de s'accorder sur le degré de lumières à exiger, que sur le point de savoir si les individus le possèdent. Aussi n'ai-je pas prétendu qu'en adoptant ce principe, tout le monde allait être d'accord, et que les passions seraient désarmées. Je crois qu'aucun autre principe ne produirait ce résultat; mais peut-être celui-ci est-il le seul point d'arrêt logique entre les deux théories extrêmes du droit divin et de la souveraineté du peuple.

§ III.

De la meilleure Forme de Gouvernement.

Y a-t-il une forme de gouvernement meilleure qu'une autre absolument parlant? La république l'emporte-t-elle sur la monarchie, ou la monarchie sur la république? On confond souvent cette question avec celle de la souveraineté, mais c'est à tort : car la souveraineté du peuple n'est pas le synonyme de la république. Il peut y avoir des monarchies orga-

nisées sur des bases très-libérales, et des républiques sur des bases très-oppressives. L'histoire en fournirait des exemples aussi frappants que nombreux.

C'est même sans doute une division peu philosophique, que de distinguer trois formes de gouvernement, la monarchie, l'aristocratie et la démocratie. Comme s'il n'y avait pas mille nuances dans les combinaisons du pouvoir! Pour beaucoup de personnes, ce qui fait le caractère de la république et en même temps son principal mérite, c'est l'absence d'un roi. Mais qu'importe un homme de plus ou de moins, si l'ensemble des institutions est vicieux? Il y avait une république à Venise, et pourtant la somme de liberté dont on y jouissait était probablement moindre alors qu'elle ne l'est aujourd'hui sous le gouvernement absolu de l'Autriche.

Telle république diffère beaucoup plus de telle autre république, qu'elle ne diffèrera de telle monarchie. Je crois qu'il n'est pas possible de donner arbitrairement la préférence à une forme de gouvernement sur les autres. Seulement, il y a des conditions que les gouvernés sont en droit de réclamer en tout état de cause, et il y a aussi des formes de gouvernement qui sont mauvaises en tout état de cause, parce qu'elles ne leur assurent pas ces conditions.

Ainsi, toujours et partout, l'homme doit être maître de sa vie, de son activité, de ses biens; il a droit à n'être point blessé dans son honneur ou dans celui de sa famille; il a droit non-seulement à jouir

de ces avantages en fait, mais encore à trouver dans la loi des gages de sécurité pour l'avenir.

Le despotisme pur ne répond point à ces conditions. Quoi de plus contraire à la sécurité générale que le droit de vie et de mort attribué à un seul contre tous? *Sunt omnes qui in populum vitæ necisque potestatem habent, tyranni*[1].

La démocratie pure, celle où la souveraineté du peuple serait continuellement à l'œuvre sur la place publique, serait une combinaison presque aussi vicieuse. Qu'importe que les attaques contre les droits de chacun viennent d'en haut ou d'en bas! La multitude n'est pas moins terrible dans ses caprices que les despotes, elle est plus expéditive et plus aveugle. Elle a sa loi de Lynch comme les rois ont leurs bastilles.

Dans l'appréciation des formes politiques, il faut aussi considérer les relations extérieures : car les gouvernements ne bornent pas leur action à maintenir l'ordre dans la société; ils ont une mission à remplir au-dehors, en défendant les intérêts de l'état,

[1] Cicer., *de Repub.*, III, 14. Le Grand-Turc a ce droit de vie et de mort sur ses sujets. Aussi l'un de ses titres honorifiques est *Hunkiar*, c'est-à-dire *tueur privilégié*. C'est sans doute au despotisme pur que Grégoire VII faisait allusion, quand il attribuait à l'enfer l'origine du pouvoir temporel : *Quis nesciat reges et duces ab iis habuisse principium, qui Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis pene sceleribus, non nisi* PRINCIPE DIABOLO AGITANTE, *super pares scilicet homines dominari cæca cupiditate et intolerabili præsumptione affectaverunt?* (Gregor. VII, Epist. 21.)

tantôt par les négociations, tantôt par la force. Ici l'on ne peut se dissimuler que les démocraties, sujettes à des revirements perpétuels, ont le désavantage vis-à-vis des états qui ont l'unité de direction et la persévérance dans leurs desseins.

Aussi loin qu'on remonte dans l'histoire, on y trouve établie l'autorité d'un seul. Il est difficile, après cela, de regarder cette forme politique comme contraire à la nature de l'homme. Elle est plus simple, plus rapide dans son action, et plus puissante.

On n'a jamais cru que plus il y avait d'avis, plus il y eût d'unité. C'est la vieille fable du serpent à cent queues et à cent têtes.

L'amélioration apportée par les modernes à la royauté primitive, est la participation du peuple à la direction des affaires, ou plutôt à la surveillance du pouvoir dans de certaines limites. Par-là les monarchies tempérées ont l'unité dans l'exercice du pouvoir, jointe aux garanties qui résultent de l'intervention de la nation dans le gouvernement. On regarde à juste titre cette combinaison comme un des plus heureux progrès de la politique chez les modernes.

Aussi est-il remarquable que depuis trois siècles tous les états de l'Europe tendent vers cette forme, aussi bien les états absolus que les états démocratiques : car beaucoup des républiques qui existaient sont devenues des monarchies tempérées, et celles qui ont été créées depuis n'ont pas pu assurer leur existence [1].

[1] Ce fait historique a été très-bien démontré par M. Hippo-

§ IV.

Du Droit constitutionnel des Français.

Les principes qui forment la base du droit positif constitutionnel des Français, tels qu'ils résultent de la Charte du 9 août 1830, sont les suivants :

La forme du gouvernement est celle d'une monarchie représentative, c'est-à-dire d'une royauté partageant la puissance législative avec les deux chambres.

Les Français n'obéissent qu'aux lois votées par les deux chambres, et sanctionnées par le Roi.

Ils ne paient d'impôts que ceux votés par les deux chambres annuellement.

Ils sont tous également admissibles aux emplois publics.

Ils ont une égale liberté dans l'exercice de leur culte religieux.

Ils ont le droit d'imprimer librement leur opinion sans être soumis à aucune censure préalable.

Ils jouissent de la liberté individuelle, et ne peuvent être arrêtés que dans les cas prévus par les lois.

lyte Passy dans un travail remarquable inséré dans le IIIe volume des *Mémoires de la nouvelle Académie des Sciences morales et politiques.* — En fait, le principe monarchique gouverne aujourd'hui en Europe 213 millions d'individus, et le principe républicain 2 ou 3 millions seulement. (V. SCHOEN, *Statistique générale,* p. 77.)

Ils ne peuvent être distraits de leurs juges naturels.

La Charte leur garantit enfin leur propriété, dont ils ne peuvent être privés que pour cause d'utilité publique, dans la forme établie par la loi, et moyennant une indemnité préalable.

Telles sont les bases de notre droit public et les garanties de nos libertés. En décomposant les ressorts de notre gouvernement, on y trouve trois grands pouvoirs dont les attributions distinctes veulent être envisagées avec attention. Je veux parler du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire [1].

§ V.

Du Pouvoir législatif.

Le pouvoir législatif se partage également entre le Roi, la chambre des pairs et la chambre des députés.

I. *De la Royauté.* — Le Roi est le chef de l'état. Sa personne est inviolable et sacrée. Suivant l'ancienne loi franque, toujours observée en France, la couronne

[1] Les publicistes ne sont pas tous d'accord sur cette division des pouvoirs. Les uns en reconnaissent cinq : le pouvoir électoral, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir exécutif, et le pouvoir conservateur (Pinheiro-Ferreira, *Cours de Droit public*, tom. I, p. 23). D'autres nient le pouvoir judiciaire, comme nous le verrons plus bas. D'autres admettent le pouvoir religieux (Laferrière, *Cours de Droit public et admi-*

se transmet héréditairement dans sa famille, de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture [1].

Au Roi seul appartient la puissance exécutive, comme on le dira plus bas. Quant au pouvoir législatif, c'est lui qui convoque les chambres, au moins une fois par année. Il peut aussi les proroger, c'est-à-dire suspendre leurs séances pendant un certain délai. Enfin, la Charte lui accorde le droit de dissoudre la chambre des députés, appel solennel que la Couronne adresse aux colléges électoraux, quand elle rencontre une majorité hostile qu'elle ne juge point en harmonie avec le vœu du pays. Souvent aussi le Roi use du droit de dissoudre la chambre quand les pouvoirs des députés sont près d'expirer, afin de saisir l'époque qui paraît la plus favorable pour appeler le pays aux élections générales. Mais en cas de dissolution, il doit convoquer une nouvelle chambre dans les trois mois.

La loi est le plus souvent proposée par le Roi; cependant il partage cette initiative avec chacune des deux chambres. Quand elle est votée, il lui appartient de la sanctionner et de la promulguer. Nous re-

nistratif, p. 59). Il y a des fonctionnaires religieux, comme il y a des fonctionnaires administratifs ou militaires; mais ils n'exercent pas un pouvoir propre dans l'état. Quant à M. Pinheiro-Ferreira, il parle plutôt en théorie qu'en pratique.

[1] Ce n'est plus aujourd'hui, comme autrefois, une simple tradition de droit non écrit: car la déclaration du 7 août 1830, qui déféra la couronne au duc d'Orléans, y appelle expressément « ses descendants à perpétuité de mâle en mâle. »

viendrons au surplus avec détail sur la confection de la loi dans le livre suivant.

II. *De la Chambre des Pairs.* — La Chambre des Pairs concourt à la confection des lois par égalité avec les deux autres branches de la puissance législative.

La pairie actuelle n'a de commun que le nom avec la pairie de l'ancienne monarchie, qui avait fini elle-même par n'être plus qu'une dignité nominale. Elle représente aujourd'hui, dans les monarchies constitutionnelles, l'élément conservateur destiné à tempérer les tendances ultra-progressives qui pourraient jaillir de l'élection. Outre cela, les députés, par les nécessités de leur position, sont les mandataires de tel arrondissement ou de telle ville, tandis que les pairs, représentants de toute la France, peuvent et doivent envisager les questions à un point de vue plus général, en s'affranchissant de tout esprit de localité.

La dignité de pair, autrefois héréditaire, a cessé de l'être par la loi du 29 décembre 1831, remplaçant l'article 23 de la Charte. D'après la même loi, le Roi nomme les pairs à vie, en nombre illimité, en les choisissant dans certaines catégories de fonctionnaires, et sous diverses conditions que cette loi détermine. Le principe de l'élection populaire est écarté comme garantie de sagesse et de modération; le principe de l'inamovibilité est consacré comme garantie d'indépendance.

Les princes du sang sont membres de droit de la chambre des pairs, où ils prennent rang immédiatement après le président.

La chambre des pairs est présidée par le chancelier de France, ou à son défaut, par un pair désigné par le Roi. Ses séances sont publiques comme celles de la chambre des députés. Les membres y ont entrée à vingt-cinq ans; mais ils n'ont voix délibérative qu'à trente. Ils jouissent du privilége de ne pouvoir être arrêtés qu'en vertu d'une autorisation de la chambre, et de ne pouvoir être jugés que par elle en matière criminelle.

Outre ses fonctions législatives, la chambre des pairs est aussi une cour de justice. Elle est alors saisie par ordonnance royale, et sa juridiction s'étend aux trois cas suivants : 1° elle juge les pairs de France en matière criminelle; 2° elle connaît des attentats contre la sûreté de l'état; 3° elle juge les ministres mis en accusation par la chambre des députés.

Dans tous les cas ses arrêts sont sans appel.

La chambre des pairs ne peut s'assembler hors du temps des sessions législatives, si ce n'est quand elle est convoquée comme cour de justice par le Roi, et alors elle ne peut s'occuper que de ses fonctions judiciaires.

III. *De la Chambre des Députés.* — La chambre des députés, partie intégrante du pouvoir législatif, a de plus ce privilége spécial, que toute loi établissant des impôts doit d'abord être portée devant elle.

La chambre des députés se compose de 459 membres élus par les colléges électoraux, où ont entrée tous les citoyens âgés de vingt-cinq ans et payant au

moins deux cents francs de contributions directes. Les députés sont élus pour cinq ans. Ils doivent avoir trente ans au moins, et payer cinq cents francs de contributions directes. Des lois particulières déterminent les autres conditions qu'ils doivent réunir, ainsi que les fonctions incompatibles avec celles de député, lesquelles sont purement gratuites[1].

La chambre des députés élit directement son président à sa première session pour toutes les suivantes. Elle choisit également parmi ses membres quatre secrétaires, qui rédigent le procès-verbal des séances.

Tout député jouit du privilége de ne pouvoir être contraint par corps pendant la durée des sessions, ni pendant les six semaines qui les auront précédées et suivies. Il ne peut également, pendant la durée des sessions, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, que sur l'autorisation de la chambre.

On peut énumérer parmi les droits appartenant également à l'une et à l'autre des deux chambres, qu'elles ont l'initiative de la proposition des lois en commun avec la Couronne; qu'elles peuvent recevoir des pétitions par écrit et les renvoyer aux ministres en les appuyant, et qu'enfin chacun de leurs membres est inviolable à raison de ses votes ou des opinions qu'il émet à la tribune.

[1] V. la loi du 19 avril 1831. C'est cette même loi qui fixe les conditions de cens ou de capacité pour être électeur, ainsi que celles d'éligibilité, conditions qui ne sont pas déterminées par la Charte elle-même.

Enfin, une des prérogatives spéciales de la chambre des députés est le droit de mettre les ministres en accusation, comme le droit spécial de la chambre des pairs est de les juger.

§ VI.

Du Pouvoir exécutif.

Le pouvoir exécutif est le second pouvoir de la constitution. C'est en lui que réside le gouvernement proprement dit. Le Roi est seul chef du pouvoir exécutif.

On l'appelle exécutif, parce qu'il exécute la loi qui domine tout. On peut dire que toutes ces administrations superposées au sol de l'état, que tous ces rouages compliqués qui saisissent les moindres rapports sociaux, ne sont que des instruments destinés à exécuter la loi. Ils correspondent tous, comme à un point central, au gouvernement du Roi, d'où part le principe de tout mouvement.

D'après la Charte, le Roi convoque les chambres, choisit ses ministres, commande les armées de terre ou de mer, déclare la guerre, signe les traités de paix ou de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique. Il fait enfin des ordonnances pour l'exécution des lois, mais sans pouvoir suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur application.

Dans l'exercice du pouvoir exécutif, le Roi est irresponsable. Ses ministres le couvrent de leur responsabilité; ils sont censés lui avoir conseillé tout ce qui se fait de mal. Aussi aucun acte du Roi ne peut-il être valable s'il n'est revêtu du contre-seing d'un ministre.

Ce principe, qui serait sage même sous un régime d'absolutisme, est nécessaire dans un gouvernement libre, où chacun peut discuter les actes du pouvoir. On peut rapporter au Roi ce qui se fait de bien; on ne peut lui imputer ce qui se fait de mal. Voilà aussi pourquoi, à la tribune des deux chambres, ni les ministres, ni les commissaires du gouvernement, ne peuvent faire intervenir le nom du Roi. Sans le principe de la responsabilité ministérielle, la majesté royale, continuellement mêlée aux controverses politiques, serait bientôt compromise et avilie par les attaques des partis [1].

Cependant on s'est demandé si la responsabilité ministérielle couvrait tous les actes de la Royauté. Quelques publicistes ont distingué des actes que le Roi fait personnellement, et d'autres qu'il fait par l'intermédiaire de ses ministres. Parmi les premiers, ils rangent le droit de commander les armées, de nom-

[1] Un des vices inhérents aux états despotiques, est qu'on s'en prend directement au souverain des fautes de son gouvernement. On connaît la maxime de Mariana : « *Est tamen salutaris cogitatio, ut sit principibus persuasum, si rempublicam oppresserint, si vitiis et fœditate intolerandi erunt, ea conditione vivere, ut non jure tantum, sed cum laude et gloria perimi possint.* » (De Rege, lib. I, c. 6.)

mer ses ministres, de convoquer ou de dissoudre les chambres, et de faire grace. Dans ces divers cas, s'il est besoin du contre-seing d'un ministre, ce n'est que pour authentiquer la signature du chef de l'état; mais le ministre ne peut pas refuser sa signature, et par conséquent il n'encourt aucune responsabilité, à la différence des autres actes qui tiennent à l'administration proprement dite [1].

Nous ne savons où l'on puise cette distinction, qui n'est point écrite dans la Charte, ni pourquoi on limite à quatre ou à cinq plutôt qu'à un autre nombre les actes que le Roi peut faire en vertu de sa prérogative personnelle. La raison ne commande rien de pareil. Elle fait à la vérité une distinction, mais qui n'est point celle que l'on propose. Sans doute, si le Roi se met lui-même à la tête des armées, comme il en a le droit, les ministres ne seront pas responsables des commandements qu'il donnera, parce qu'ils ne les auront pas contre-signés. Cela résulte de la force des choses. Par la force des choses aussi, comme le Roi doit choisir ses ministres, et que l'ordonnance de nomination doit être contre-signée, il faudra bien qu'elle le soit par ceux qui se retirent, sans qu'on puisse les en rendre responsables : autrement, ils pourraient s'y refuser. Mais telles sont, suivant moi, les deux seules hypothèses où le Roi soit à découvert.

Dans toutes les autres, les ministres qui contre-si-

[1] V. Laferrière, *Cours de Droit public et administratif*, p. 44.

gnent répondent de l'opportunité de la mesure. Qu'importe que la Charte accorde au Roi le droit de faire grace ou de dissoudre la chambre des députés? Elle lui accorde dans les mêmes termes le droit de nommer aux emplois d'administration publique, ainsi que celui de faire les traités de paix et de commerce. Elle ne dit pas plus dans un cas que dans l'autre, que les ministres seront responsables; mais ce principe est sous-entendu, parce que la Charte l'a proclamé une fois pour toutes en tête du chapitre où elle traite du gouvernement du Roi.

On peut compromettre le salut de l'état par une grace injuste, accordée mal à propos; on le peut à bien plus forte raison par une dissolution de la chambre résolue dans des circonstances critiques. De pareils actes sont délibérés dans le conseil des ministres; le dernier surtout, qui est un des plus énergiques moyens du gouvernement représentatif. Je ne vois pas, je l'avoue, pourquoi les ministres pourraient en éluder la responsabilité.

Je n'énoncerais pas cette opinion, si elle tendait à diminuer la prérogative royale. Elle n'a pour but, au contraire, que de la fortifier et de la protéger. Quand on aurait déclaré que le Roi, dans sa prérogative, peut dissoudre la chambre, empêcherait-on les journaux de parler, de critiquer la mesure, de déverser le blâme sur ceux qui l'ont prise? Et s'il est passé en doctrine que les ministres n'en sont pas responsables, c'est donc contre le Roi en personne que les attaques rejailliront.

Le Roi est sans doute dans son droit quand il fait grace et quand il dissout la chambre, comme il est dans son droit quand il nomme à une fonction publique, ou quand il signe un traité. Mais si, par suite de ces actes, la sûreté publique est compromise, les ministres sont en tort de ne pas l'avoir prévu. Ils en répondent seuls devant le pays.

§ VII.

Du Pouvoir judiciaire.

L'article 48 de la Charte a dit: « Toute justice émane du Roi. » De là beaucoup de personnes concluent que le pouvoir judiciaire n'existe pas, qu'il n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, mais qu'il n'exerce pas une autorité propre dans l'état. Le contraire résulte cependant de la nature des choses; et quand même la Charte l'aurait dit formellement, elle ne pourrait pas empêcher ce qui est. Le pouvoir judiciaire ne se confond ni avec le pouvoir législatif, ni avec le pouvoir exécutif; mais, intermédiaire nécessaire entre eux, il interprète la loi rendue par l'un, pour la faire exécuter par l'autre. Il est aussi libre et aussi indépendant qu'eux dans sa sphère.

Qu'est-ce qu'un pouvoir dans la société? C'est ce qui peut mettre la force publique en mouvement par un acte de volonté propre. Ce privilége appartient à

la puissance législative et à la puissance exécutive; le pouvoir judiciaire le possède aussi.

Si, dans notre état social, le souverain pouvait, comme chez les Romains ou sous le régime de la féodalité, rendre la justice en personne, déléguer cette mission à certains individus ou la retirer à lui quand bon lui semble, alors on pourrait dire que le pouvoir de juger réside dans sa personne, comme dépendance de la souveraineté. Mais cette organisation, possible seulement dans de petits états, impossible en fait dans les grands, aurait de plus ce vice profond, que la justice, étant dépendante, serait suspectée. On a depuis long-temps assuré l'inamovibilité aux magistrats, afin de les soustraire à toute influence étrangère, et même à des soupçons injurieux.

Le corps judiciaire ne paraît dépendre du pouvoir exécutif que par ces deux faits, que les magistrats rendant la justice sont à la nomination du Roi, et que c'est aussi au nom du Roi qu'est l'intitulé des jugements. Mais de ces deux faits, le premier ne prouve pas que le corps judiciaire soit une partie de l'autorité royale, pas plus qu'on ne peut le dire de la chambre des pairs, dont les membres sont aussi nommés par le Roi avec la condition d'inamovibilité. Et quant au second, il se réduit à ceci, que les tribunaux, en mandant aux officiers de la force publique de mettre à exécution leurs jugements, ne peuvent pas le leur ordonner en leur nom propre, mais au nom du Roi; en sorte qu'ils n'ont, pour ainsi dire, qu'une lumière d'emprunt. Il n'en est pas moins vrai que,

tout en étant astreints à user de cette formule, ils ont tellement le droit de commander à la force publique, que le Roi lui-même ne pourrait pas empêcher l'exécution de leurs jugements. Il n'en est pas moins vrai que, tout en étant astreints à rendre la justice au nom du Roi, c'est un droit qui leur est tellement propre, qu'un jugement rendu par le Roi lui-même serait sans aucune valeur. Ces faits démontrent que dans notre constitution l'ordre judiciaire possède un pouvoir propre et parfaitement indépendant.

Lorsque, du reste, la Charte proclame que toute justice émane du Roi, elle n'a pas entendu nier la réalité, mais seulement condamner à jamais toutes ces justices féodales qui s'étaient élevées autrefois à côté des juges royaux. Elle a répété la maxime des anciens légistes, qui n'avait pas d'autre signification.

§ VIII.

Jusqu'à quel point la Constitution est immuable.

Après avoir jeté un rapide coup d'œil sur notre organisation constitutionnelle, je crois nécessaire d'examiner ce que c'est que la représentation nationale et ce que c'est que la Charte elle-même, d'autant plus qu'on entend souvent émettre à cet égard des opinions qui ne me paraissent point exactes.

Ces opinions consistent à soutenir que la nation qui vote dans les colléges électoraux, d'après nos lois organiques, n'est point la nation elle-même; que les électeurs ne sont que des délégués ou des mandataires à qui la nation a remis par le pacte social le pouvoir de servir d'organes au vœu général dans les circonstances ordinaires; mais qu'il y a des cas qui ne peuvent être résolus que par la volonté souveraine de tout le peuple; qu'alors on sort de la règle, et que tous acquièrent le droit de manifester leur suffrage. Dans cette opinion, la constitution est un de ces actes qui ne peuvent émaner que de la volonté de toute la nation. Elle est donc une loi supérieure aux autres lois, supérieure à la représentation nationale elle-même, qui tire d'elle sa légitimité, en sorte que l'accord même des trois pouvoirs ne pourrait ni l'abroger ni la modifier.

Sans doute, la Charte est une loi supérieure aux autres lois, si l'on veut entendre par-là qu'elle a un plus grand degré d'importance, et que, comme elle touche à la garantie de tous les intérêts, il est plus périlleux de prétendre la remettre en question. Mais dire qu'elle ne peut point être changée par les trois pouvoirs agissant régulièrement, c'est nier, à ce qu'il me semble, l'un des principaux avantages de la monarchie constitutionnelle; j'entends par-là cette possibilité d'étendre graduellement les libertés publiques et de se tenir au niveau des circonstances, sans qu'il soit besoin de recourir au remède extrême des révolutions.

Nous avons dit plus haut que la souveraineté absolue du nombre n'était une doctrine vraie ni en droit ni en fait. Ce n'est pas seulement parce qu'il y aurait de la difficulté ou du danger à appeler les masses à voter sur toutes les questions générales, qu'elles sont exclues de l'exercice du droit électoral. La raison de cette exclusion est dans la présomption qu'elles n'ont pas les lumières nécessaires pour prendre part au gouvernement.

On peut critiquer la mesure dans laquelle elles y sont admises; on peut soutenir qu'une classe de citoyens, assez éclairée pour jouir des droits politiques, en est exclue injustement. Mais le principe n'en est pas moins qu'en cette matière les lumières font le droit. Ceux-là seuls qui les ont constituent la nation politique; et tant que la loi n'est pas changée, il y a présomption que ceux-là seuls ont les lumières, à qui la loi les reconnaît.

Si ces principes sont vrais, il en résulte que le corps électoral n'est pas seulement une délégation exerçant les droits politiques par le mandat de la nation, sous certaines conditions contenues dans le pacte social. Le corps électoral est la nation politique elle-même; et quand la chambre des députés, d'accord avec les deux autres branches du pouvoir législatif, ordonne quelque chose, la nation elle-même le veut. Du moins c'est à ce résultat qu'amène la théorie.

Il n'y a donc rien, selon nous, que le pouvoir légis-

latif ne puisse faire et défaire, en agissant conformément à la constitution, pas même la constitution.

Le contraire conduirait à des résultats bizarres. Il s'ensuivrait que les trois pouvoirs pourraient abaisser ou élever le cens électoral que la Charte ne fixe pas, mais que l'on ne pourrait, sans consulter la nation, abaisser ou élever d'un an l'âge requis pour être électeur, parce que la Charte a déterminé cet âge [1].

Du reste, la pratique est d'accord avec la théorie à cet égard. La Charte avait attribué au Roi le droit de nommer les pairs sans aucune restriction, soit à vie, soit à titre héréditaire, selon sa volonté [2].

Certes, c'était là l'une des dispositions les plus fondamentales de notre droit public, puisqu'elle intéressait l'une des trois branches du pouvoir législatif dans son essence. Et pourtant on sait que l'art. 23 fut modifié par une loi postérieure qui supprima l'hérédité de la pairie, et qui subordonna le choix du Roi à des conditions, sans que personne ait cru que cette loi fût entachée d'inconstitutionnalité.

§ IX.

Conclusion.

En jetant un coup d'œil sur l'ensemble de notre gouvernement, quel jugement faut-il en porter? Doit-

[1] L'art. 34 de la Charte fixe cet âge à 25 ans.
[2] Art. 23.

on le considérer comme une combinaison parfaite à laquelle la raison des siècles futurs ne peut apporter de perfectionnement?

Le droit politique est celui que la logique peut le moins déterminer *a priori*. Sans doute, si l'on eût décrit à un sage du temps passé, à Platon ou à Polybe, les rouages de notre constitution, notre royauté si puissante et si entravée, surveillée par une chambre des pairs qu'elle nomme, et par une chambre des députés nommée par le pays, notre corps judiciaire jouissant d'un pouvoir propre, inamovible et irresponsable dans l'état; si on leur eût représenté ces institutions et plusieurs autres, ils n'en auraient peut être pas porté un jugement avantageux. Pourtant ces institutions fonctionnent; elles sont même en voie de progrès dans l'Europe moderne, où elles tendent à se généraliser.

C'est que le droit politique, plus que tous les autres, consiste dans l'équilibre des forces contraires en lutte dans la société. Ces forces varient dans leur développement, elles se déplacent ou se confondent. Le droit varie en même temps ses symboles pour rétablir l'équilibre. Les hommes ne font point des constitutions pour obéir à des systèmes, ou du moins celles-là ne naîtraient pas viables. Mais quand le vaisseau de l'état penche d'un côté, on le relève; quand il fait une voie d'eau, on la bouche. Les constitutions changent ainsi, tantôt lentement, ce qui serait le plus sage, tantôt brusquement, par une révolution.

Dans le droit privé, qui entretient la justice dans les rapports des individus, on peut plus facilement consacrer des principes invariables. Dans le droit public, cela est difficile. La raison en est qu'en politique, plus l'homme acquiert d'idées, plus il a de droits. Supposez un peuple de Montesquieux et de Franklins, vous pourrez les mettre sans danger en république. A mesure que l'instruction se répand dans les masses, les constitutions doivent nécessairement céder, et la base des libertés publiques s'élargir.

Il y aurait de la témérité à croire que la monarchie constitutionnelle est un moule que l'avenir ne brisera pas. Elle porte les caractères de ce qu'elle est, le produit d'une lutte, d'une transaction entre des éléments contraires. La royauté ancienne y subsiste, mais la démocratie a placé ses vedettes tout autour d'elle. Défiante comme les jeunes pouvoirs, elle a multiplié les contre-poids, les soupapes de sûreté, et elle s'effarouche aux moindres mouvements de son adversaire. On peut dire que la confiance mutuelle n'a pas encore scellé l'alliance du pouvoir populaire et du pouvoir royal, cette alliance qui paraît destinée pour long-temps encore à régir les états modernes. Quand ces deux pouvoirs se donneront la main fraternellement, alors commencera la vraie période de la monarchie représentative, qui n'en est encore qu'à ses œuvres d'essai : elle-même ensuite ne sera pas sans doute le dernier mot de l'humanité.

En attendant, le caractère de notre législation

constitutionnelle est pour le moment un caractère de défiance contre le pouvoir, de garanties pour les droits des citoyens, d'amour jaloux de l'égalité. Ce dernier sentiment surtout, excité par le souvenir d'un passé dont les esprits s'effraient encore, est celui qui domine dans le peuple; mais ce sentiment n'est pas un principe. A mesure que le cauchemar de ce passé disparaîtra dans l'éloignement, les deux pouvoirs que notre constitution réunit, apprendront à marcher ensemble sans secousse, et l'état ne perdra plus sa force en de vaines luttes intérieures, improfitables à la société.

CHAPITRE IV.

Du Droit administratif[1].

§ I.

Idée du Droit administratif.

Le droit administratif, dont la circonscription est immense, comprend dans ses attributions tout le mouvement du pouvoir exécutif. On pourrait le sous-diviser en plusieurs autres droits encore très-vastes,

[1] Ouvrages sur l'ensemble du droit administratif français :

tels que le droit des finances, le droit militaire, le droit de l'instruction publique. Toutefois l'usage est d'en restreindre l'enseignement à celles des affaires qui ressortissent des tribunaux administratifs, ce qui en comprend, il est vrai, la partie la plus importante. Aussi regarde-t-on chez nous la connaissance de l'organisation et de la compétence de ces tribunaux comme formant la base même de ce droit.

Dans notre ancienne jurisprudence, la limite des pouvoirs judiciaires et administratifs n'était pas nettement tracée. Les parlements entravaient l'exercice de la puissance législative et les actes de l'administration, soit par leurs arrêts de règlement, soit par le droit qu'ils s'étaient attribué d'enregistrer les édits de nos rois avant qu'ils ne fussent mis à exécution. D'un autre côté, l'administration réagissait fortement sur le pouvoir judiciaire, en soumettant les arrêts des parlements à la révision du conseil d'état, qui les cassait et les réformait sous le régime du bon plaisir.

C'est à l'assemblée constituante que l'on dut de proclamer le principe de la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif, et de l'indépendance de chacun d'eux dans sa sphère [1].

Foucart, *Eléments de Droit public et administratif*, 2e édition, Paris 1839;

Laferrière, *Cours de Droit public et administratif*, 2e édition, Paris 1841;

Serrigny, *Traité de l'Organisation et de la Compétence administrative*, Paris 1842.

[1] Loi du 7-11 septembre 1790.

Bientôt on fit un pas de plus, en distinguant dans l'administration un pouvoir *agissant* et un pouvoir *jugeant*. Des tribunaux administratifs furent érigés, avec la mission spéciale de rendre la justice aux particuliers lésés par les actes de l'administration[1]. Deux modes de réclamation furent alors possibles : le mode par la voie gracieuse, et le mode par la voie contentieuse. Il y a lieu, généralement parlant, au recours par la voie gracieuse, lorsqu'une personne réclame contre l'acte d'un agent administratif comme blessant son *intérêt*, mais sans alléguer que son *droit* soit violé. Ce recours doit être alors soumis à l'agent lui-même qui a rendu la décision, ou à son supérieur dans l'ordre hiérarchique. Lorsqu'au contraire le réclamant se plaint que son droit a été violé, il doit soumettre sa plainte aux tribunaux administratifs. Dans un cas comme dans l'autre, le but qu'on s'est proposé a été de soustraire le jugement des actes de l'administration aux tribunaux ordinaires.

§ II.

Des Tribunaux administratifs.

Le tribunal qui juge de droit commun les affaires administratives en première instance, est le conseil de préfecture.

[1] Loi du 28 pluviôse an VIII, qui institua les conseils de préfecture.

Aucune loi ne lui ayant attribué l'universalité de juridiction, toutes au contraire procédant par énumération en plaçant telle ou telle affaire dans sa compétence, on a débattu le point de savoir s'il pourrait connaître de celles qui ne lui ont pas été formellement attribuées. Néanmoins, comme les autres tribunaux de l'administration ont une juridiction encore plus spéciale que la sienne, on en a conclu avec raison que les affaires pour lesquelles la loi n'avait pas indiqué une autre juridiction devaient être portées devant lui, puisqu'en définitive il faut bien qu'elles soient jugées.

L'appel des arrêtés du conseil de préfecture est porté au conseil d'état, qui couronne la hiérarchie des tribunaux administratifs, et joue par rapport à eux le rôle d'une cour de cassation, avec cette différence que, tout en annullant le jugement qui lui est déféré, il statue lui-même sur le fond sans renvoyer à un autre tribunal, comme la cour de cassation doit le faire.

Je me borne à énoncer ici les tribunaux administratifs ordinaires, sans entrer dans le détail de ceux qui ne possèdent qu'une compétence exceptionnelle [1].

Quelques observations maintenant sur ces tribunaux en général.

[1] Parmi les tribunaux administratifs exceptionnels, on peut citer la cour des comptes, les conseils de révision, les conseils académiques, le conseil royal de l'instruction publique, et, dans certains cas rares, les préfets et les ministres.

Les officiers publics qui les composent ne jouissent point du privilége de l'inamovibilité.

La procédure usitée par-devant eux est plus simple et plus rapide que celle suivie devant les tribunaux civils. Devant les conseils de préfecture, l'instruction ne se fait que par écrit; les parties ne sont point admises à y développer leurs moyens publiquement, et les jugements sont rendus à huis clos. Devant le conseil d'état, l'instruction est tantôt publique et orale, tantôt secrète et par écrit, comme nous le dirons plus bas.

Enfin, il y a cette différence remarquable entre les conseils de préfecture, établis par une loi, et le conseil d'état, créé par simple ordonnance, que les premiers ont un pouvoir propre, et rendent eux-mêmes leurs arrêtés exécutoires sur la signature de leurs membres, tandis que le conseil d'état, leur supérieur hièrarchique, n'est censé en droit qu'émettre des avis pour éclairer le chef de l'état; mais ses arrêtés n'ont de force que par la signature du Roi, qui est censé statuer, son conseil d'état entendu.

On voit par-là que l'organisation de la justice administrative est loin d'être basée sur des principes uniformes.

§ III.

Attributions des Conseils de Préfecture.

Les conseils de préfecture sont les juges administratifs de droit commun.

La règle proposée, d'après laquelle ils jugent les réclamations des particuliers qui se prétendent lésés dans leurs droits par l'acte d'un officier administratif, souffre assez d'exceptions purement arbitraires, pour qu'on ne puisse arriver à connaître leur compétence que par les lois qui l'ont successivement établie et développée. C'est donc une question de droit positif dans l'état actuel des choses. Je n'ai pas l'intention de parcourir toutes leurs attributions, mais seulement les principales d'entre elles.

Les conseils de préfecture sont compétents sur les demandes des particuliers tendant à obtenir la réduction de leurs cotes de contributions directes ou personnelles, sur la mutation de la cote ou sur le paiement de l'impôt des portes et fenêtres.

Ils statuent sur les contraventions à la police de la grande voirie, prononcent les amendes pour excédant de poids des voitures, et pour défaut de largeur des jantes des roues; pour anticipation sur les chemins vicinaux, et pour contravention aux lois imposant des servitudes dans les places de guerre.

Ils connaissent des contestations qui s'élèvent en-

tre les fournisseurs, les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, sur le sens des clauses de leurs marchés.

Ils jugent également les procès auxquels donne lieu la vente des biens nationaux, lorsque ces procès reposent sur l'interprétation des actes d'aliénation.

Ils prononcent sur les demandes en indemnité formées par les propriétaires dont les terrains ont été occupés momentanément ou fouillés à raison de travaux publics; mais si le terrain même est exproprié, les tribunaux civils deviennent compétents.

Ils sont juges de la validité des élections de la garde nationale ou des conseils municipaux.

Ils arrêtent les comptes des communes.

Enfin, en dehors de leur juridiction contentieuse, ils éclairent quelquefois l'administration de leurs avis, comme dans le cas où le préfet statue en conseil de préfecture. D'autres fois ils exercent des fonctions de tutelle sur les communes et les établissements publics, en leur accordant ou en leur refusant l'autorisation de plaider.

Aucune règle fixe de procédure n'est établie devant les conseils de préfecture. Ils reçoivent l'opposition contre leurs arrêtés par défaut, c'est-à-dire quand il n'a pas été fourni de défenses écrites par la partie, qui peut alors se porter opposante jusqu'à l'exécution. Quand l'arrêté est contradictoire, l'appel se relève au conseil d'état dans les trois mois de la signification.

Le conseil de préfecture est présidé par le préfet,

quand ce magistrat juge convenable d'y assister. Sa voix est alors prépondérante.

§ IV.

Attributions du Conseil d'Etat[1].

Les attributions du conseil d'état sont aussi nombreuses que variées. Elles se rapportent à deux ordres de fonctions très-distinctes que ce corps remplit, les unes comme simple conseil consultatif du gouvernement dans les affaires administratives, les autres comme tribunal statuant sur les affaires contentieuses.

Comme conseil-conseil, il élabore les projets de loi que les ministres lui communiquent; il délibère sur les ordonnances d'intérêt général, et sur toutes les décisions qui doivent être rendues dans la forme de règlements d'administration publique. Enfin, il émet des avis sur les questions administratives douteuses qui lui sont soumises par le gouvernement.

Comme conseil-tribunal, ses principales attributions sont les suivantes :

Il connaît des appels formés contre les décisions des conseils de préfecture.

[1] Les attributions du conseil d'état sont réglées par une foule de lois et de décrets épars. Quant à son organisation et à la procédure à suivre par-devant lui, elles sont fixées par l'ordonnance du 18 septembre 1839.

Il statue directement sur les recours formés pour incompétence ou excès de pouvoir contre les décisions de tous officiers ou corps administratifs.

Il connaît des oppositions formées à des ordonnances royales, et des demandes en interprétation de ces mêmes ordonnances.

Il prononce sur les recours dirigés pour violation des formes ou de la loi contre les arrêts de la cour des comptes et autres décisions administratives rendues en dernier ressort.

Il juge la validité des prises maritimes.

Il statue sur les appels comme d'abus dirigés contre les actes de l'autorité ecclésiastique.

Il vide les conflits qui s'élèvent entre les juridictions administratives et l'autorité judiciaire.

Toutes les affaires de la compétence du conseil d'état ne sont pas instruites de même. Les unes ressortissent des comités; les autres sont résolues en assemblée générale. Les affaires contentieuses sont instruites par le comité du contentieux; mais l'assemblée générale seule peut prononcer le jugement. En outre, ces affaires jouissent du privilége de la publicité des audiences, avec faculté pour les parties de s'y faire représenter par un avocat; tandis que dans les matières administratives l'instruction ne se fait que par écrit. Malheureusement la classification des affaires paraît souvent avoir été faite arbitrairement [1].

[1] Si jamais il y eut matière contentieuse, c'est celle des prises

§ V.

Des Conflits.

Nous avons dit tout-à-l'heure que l'une des attributions du conseil d'état était de juger les conflits, c'est-à-dire de régler laquelle des deux juridictions administrative ou judiciaire devait juger une contestation, lorsqu'elles en revendiquent toutes les deux la connaissance.

Si l'on y fait attention, cette partie des attributions du conseil d'état est l'une des plus importantes : car c'est en définitive aux conflits qu'aboutissent les collisions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, et c'est par les conflits que se répriment les empiètements qu'ils pourraient se permettre l'un sur l'autre.

L'attribution du jugement des conflits à un corps administratif donne toute garantie à l'administration; mais peut-on dire qu'il en soit de même à l'égard du pouvoir judiciaire? Ceux qui prétendent justifier en doctrine ce qui existe, allèguent que le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif n'ont d'autre su-

maritimes. Néanmoins l'ordonnance du 18 septembre 1839 en a fait une affaire administrative par une considération politique, dans la crainte de la publicité. Même remarque pour les appels comme d'abus. Les parties, dans ces causes, seront donc privées de faire entendre un avocat.

périeur commun que le Roi, et que par conséquent lui seul peut, en son conseil d'état, prononcer sur les dissidences qui s'élèvent entre eux relativement à l'étendue de leur compétence constitutionnelle. Mais cette raison paraît tout-à-fait fausse, s'il est vrai, comme nous l'avons démontré plus haut, que le Roi ne soit pas le chef du pouvoir judiciaire, et que ce pouvoir soit aussi indépendant dans sa sphère que tout autre des pouvoirs intégrants de la constitution.

Si l'on avait voulu trouver logiquement un départiteur dans les luttes du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, il aurait peut-être fallu le chercher dans le troisième pouvoir de l'état, c'est-à-dire dans le pouvoir législatif; et peut-être la chambre des pairs, à qui l'on aurait donné une petite partie de l'immense juridiction contentieuse qu'elle possède en Angleterre, aurait pu fournir le juge que l'on cherchait; juge calme et désintéressé dans le débat [1].

Toutefois le système actuel, qui semble rendre l'administration juge dans sa propre cause, est moins vicieux en pratique qu'en théorie, l'administration ayant rarement intérêt à disputer aux tribunaux leurs attributions légitimes, et étant d'ailleurs rete-

[1] Nous sommes accoutumés à ne concevoir la chambre des pairs que comme jugeant avec un grand appareil dans des causes solennelles. Mais en Angleterre, où elle juge à trois membres, elle a une compétence fort étendue et presque journalière en matière civile. C'est en ce sens qu'une commission de la chambre des pairs pourrait, suivant nous, statuer sur les conflits.

nue par la crainte de voir porter à la tribune des deux chambres des plaintes contre les empiètements qu'elle se permettrait, si ces empiètements étaient caractérisés.

§ VI.

Conclusion.

Il n'y a pas une justice administrative et une justice civile. Le problème du droit administratif n'est donc pas de découvrir ce qui est juste, d'après des principes exceptionnels ; mais ce problème se réduit aux deux questions suivantes : déterminer les caractères des causes administratives, et déterminer les juges devant qui ces causes seront portées.

Si l'on était à même de répondre catégoriquement à ces deux questions, le droit administratif serait assis sur ses bases rationnelles. Mais peut-on dire qu'il en soit ainsi dans l'état actuel des choses?

A la première question, l'on répond d'ordinaire que les causes administratives sont celles dans lesquelles une partie se plaint d'un acte de l'administration qui blesse ses droits, et que l'affaire est alors portée devant des juges spéciaux, afin que le pouvoir judiciaire ne réforme pas les actes de l'administration.

Mais cette règle est manifestement insuffisante pour régler les compétences : car, d'une part, il y a

beaucoup d'affaires administratives dans lesquelles l'administration n'a rendu de décision d'aucune espèce, telles que les contraventions à la police du roulage et les procès sur l'interprétation des contrats de vente de biens nationaux. Et d'autre part, il y a beaucoup de cas où les tribunaux restent compétents, quoiqu'il s'agisse de réformer un acte de l'administration. C'est ce qui arrive notamment toutes les fois qu'il y a litige sur la propriété foncière, ou bien encore lorsque l'administration refuse d'inscrire le nom d'un citoyen sur les listes électorales.

S'il s'agit des listes électorales pour l'élection des députés, la cour royale est compétente; s'il s'agit de celles pour les élections communales, l'affaire est jugée par le préfet en conseil de préfecture. Ce n'est donc pas la nature de l'affaire qui, dans ce cas, la rend administrative ou civile, mais c'est l'importance du droit réclamé.

De même, on n'admet pas que l'administration puisse déposséder un citoyen d'un pouce de propriété foncière; mais on lui reconnaît le droit de statuer sur des créances considérables, comme si le droit de créance n'était pas aussi sacré que le droit de propriété, et souvent beaucoup plus précieux.

Quant aux tribunaux administratifs, il n'est pas moins douteux de savoir si leur organisation répond à ce que la raison exige. Ce qui les caractérise, ce n'est pas sans doute d'être des juges distincts des juges ordinaires : car il y a des juges criminels, il y a des juges commerciaux, chargés de statuer sur des affaires dont ils ont la connaissance spéciale; ils

ne sortent pas pour cela de l'ordre judiciaire. Mais quand on demande s'il est bon qu'il y ait des tribunaux administratifs, cela veut dire, s'il est bon qu'il y en ait avec des conditions d'être distinctes, ne jouissant pas de l'inamovibilité, ne reconnaissant pas la suprématie de la cour de cassation, mais ne relevant que de l'administration elle-même.

Sur ce point, les avis sont très-divergents. Suivant les uns, les juges administratifs devraient être inamovibles comme les autres : car dès qu'on reconnaît une voie contentieuse distincte de la voie gracieuse, c'est dire que l'administration n'est pas seule juge de ses actes. Or, si l'on veut un contentieux et des jugements, il faut que ces jugements émanent d'organes indépendants, et surtout indépendants de celle des parties dont l'influence est déjà prépondérante.

Que signifierait, de la part de l'administration, de soumettre à un juge les griefs qu'elle peut faire aux particuliers, si ce juge était un arbitre choisi par elle, payé par elle et révocable par elle?

Dans cette opinion, l'on demande que les choses hétérogènes soient séparées; et comme le conseil d'état remplit des fonctions consultatives et judiciaires qui n'ont rien de commun, l'on propose de scinder ce corps en deux parties, en n'accordant l'inamovibilité qu'à celle de ces parties qui jouerait le rôle d'un tribunal [1].

[1] Tel fut l'avis de la commission de la chambre des députés, au moins pour la section du contentieux du conseil d'état. Elle voulait aussi que le conseil d'état eût un pouvoir propre comme

Ceux qui approuvent le système actuel prétendent que l'administration doit avoir toute liberté dans ses mouvements. Pas d'autre juge qu'elle des réclamations que soulèvent ses actes. Si elle crée des tribunaux administratifs, ce n'est pas pour se laisser juger par eux, mais seulement pour simplifier l'expédition des affaires et pour décharger d'autant les agents exécutifs, distraits par d'autres soins. Dans ce système, rien de plus logique que l'organisation du conseil d'état, qui n'est et ne doit être qu'un comité consultatif sans autorité par lui-même, dont le Roi pourrait refuser de valider les décisions par sa signature. Il ne lui appartient que de préparer des projets de jugements; mais c'est véritablement le gouvernement du Roi qui statue en s'appropriant la délibération du conseil.

Lorsqu'on demande à ceux qui défendent ce système, quelle garantie il offre contre l'arbitraire, ils n'en indiquent point d'autre que la responsabilité ministérielle, c'est-à-dire le droit de mettre les ministres en accusation, apparition tragique qui, comme le *Deus ex machina*, fournit un dénouement dans les cas extrêmes [1].

les tribunaux de l'ordre civil. V. le rapport de M. Dalloz dans le *Moniteur* du 24 juin 1840. En 1837, une autre commission avait déjà été de cet avis. Les projets de loi présentés jusqu'ici par le gouvernement n'ont point été votés.

[1] M. Serrigny a défendu vivement cette opinion, d'abord dans une brochure intitulée: *Du Conseil d'Etat en Matière contentieuse*, et ensuite dans son ouvrage sur le Droit administratif, tom. I, p. 100.

Il y a bien des choses à répondre à cette manière d'envisager le conseil d'état et la justice administrative. Si les ministres jugeaient les affaires contentieuses *de plano*, ou s'ils prenaient sur eux de réformer les délibérations du conseil d'état, on crierait avec raison à la tyrannie. Tout le monde sent que le conseil d'état possède un pouvoir aussi propre que la cour de cassation.

Tout le monde sent aussi que si les entrepreneurs de travaux publics n'avaient pour gage de la justice qui leur est due que le droit de provoquer la mise en accusation des ministres, ils n'auraient que peu de fond à faire sur cette solennelle garantie.

Il est bien difficile de concilier la protection due aux intérêts privés avec l'indépendance nécessaire à l'administration. Déclarer l'inamovibilité des juges administratifs, ne serait-ce point admettre la possibilité d'un pouvoir hostile, factieux peut-être, qui ne serait placé près du pouvoir exécutif que pour l'entraver, et cela sans qu'il y eût aucun remède?

Le vrai but qu'on paraît s'être proposé par l'institution des tribunaux administratifs tels qu'ils existent, a été, non pas de se procurer des juges serviles, mais d'éloigner d'eux l'idée de se poser vis-à-vis de l'administration en adversaires systématiques. On a voulu éviter aussi, je ne dirai pas la scrupuleuse équité des tribunaux ordinaires, mais leur justice un peu lente et leur observation pointilleuse des règles.

Cela est si vrai, la séparation des deux justices est si bien une question d'expédient plus encore qu'une

question de principes, que, comme nous l'avons vu, de plusieurs causes identiques par leur nature, les unes sont attribuées aux cours royales et les autres aux conseils de préfecture, selon que l'on a senti le besoin de rassurer plus ou moins les citoyens contre l'arbitraire.

D'après cela, peut-être devrait-on dire que le principe fondamental du droit administratif n'est pas un principe rationnel, mais qu'il peut s'exprimer ainsi :

« Quand le danger d'entraver les mouvements de l'administration est plus grand que l'inconvénient de diminuer les garanties de l'intérêt privé, attribution à la justice administrative. Quand le contraire a lieu, attribution à la justice ordinaire. »

CHAPITRE V.

Du Droit religieux ou ecclésiastique [1].

Je n'entends pas ici par droit religieux les règles dont chaque culte impose la pratique à ses religion-

[1] Il n'existe pas de traité spécial sur le droit religieux dans les nouveaux principes. Sur le droit ancien, on peut consulter :
Fleury, *Institutions au Droit ecclésiastique;*
Durand de Maillane, *Dictionnaire de Droit canon;*
D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques;*
Pithou, *Traité des Libertés de l'Eglise gallicane;*
Dupin, *Traité de l'Autorité ecclésiast. et du Pouvoir temporel.*

naires. Ces règles, n'ayant de sanction que dans la conscience, touchent moins au droit qu'à la morale dans un sens étendu. L'état doit laisser à tous la liberté de conscience la plus illimitée; il ne peut et ne doit prétendre imposer à personne ses croyances, ses opinions.

Le droit religieux dont je veux parler est celui qui concerne les rapports de l'état avec les différentes religions pratiquées dans la société.

Ce droit, à l'exception du peu qu'on en dit en passant dans les cours de droit administratif, n'est enseigné nulle part en France, ni sous le rapport théorique, ni sous le rapport pratique. Il n'en est pas de même en Allemagne, où tous les professeurs qui s'occupent de la philosophie du droit consacrent une place notable à examiner les rapports de dépendance ou de surveillance qui doivent exister entre l'église et l'état. Cette question, si l'on songe aux troubles qu'elle a excités dans le monde, peut être considérée comme ne le cédant à aucune autre en importance. Il a fallu de longues luttes pour l'amener au point d'être discutée paisiblement, comme on peut le faire aujourd'hui. Toutefois, les auteurs qui la traitent au point de vue des religions réformées, ont une difficulté de moins à vaincre que ceux qui raisonnent dans les idées catholiques.

Quelque sacré que soit le principe de la liberté de conscience, le rôle de l'état ne peut pas être de rester purement passif en présence des divers cultes, de laisser tout dire et tout faire, de ne s'opposer à rien

comme de n'aider à rien, sous prétexte que chacun est libre de penser comme il veut.

C'est un grand bien que la séparation consommée irrévocablement entre le pouvoir civil et le pouvoir spirituel. Les religions ne sont point une chose de ce monde, et il peut se faire que l'état doive être considéré comme n'en ayant aucune. Il serait néanmoins absurde de soutenir que l'état n'a le droit d'exercer aucun contrôle sur les cultes établis dans son sein. Quand ce ne serait qu'à titre de police, il a le droit de s'inquiéter des doctrines qu'ils professent, et de les arrêter au point où elles provoqueraient au désordre, où elles attaqueraient les fondements de la société.

De même, si parmi ces cultes il y en a un que l'état juge plus propre que les autres à entretenir parmi les hommes l'ordre et la paix, à leur inspirer le respect de tous les droits, l'amour de tout ce qui est bon; si ce culte est professé par la grande majorité de la nation, comme la religion catholique en France, il serait insensé de dire que le pouvoir ne lui doit pas plus de protection, d'honneurs et d'encouragements qu'il n'en devait au culte des saint-simoniens ou à celui des quakers, si tant est qu'il y en ait parmi nous.

Le pouvoir social a donc pour devoir de n'entraver personne dans l'exercice paisible de son culte; mais il a droit de s'interposer dès qu'un culte voudrait réagir contre les principes constitutifs de la société.

Quant aux cérémonies extérieures, c'est une question de prudence que de savoir jusqu'à quel point la manifestation doit en être permise ou défendue, dans l'intérêt de la paix publique. On ne peut empêcher les religionnaires de les pratiquer entre eux, sans violer grossièrement la liberté de conscience. Mais le pouvoir a sans contredit le droit de les empêcher de se produire sur la voie publique. Il n'usera de ce droit que s'il croit ne pouvoir s'en dispenser.

De ce qui précède, on conclura que personne ne peut pratiquer un culte secrètement, du moins dès qu'il voudra le pratiquer en commun avec d'autres. L'état doit être mis à même d'exercer son droit de surveillance par une déclaration à lui faite; mais il ne peut sans injustice refuser l'autorisation réclamée par ceux qui veulent pratiquer une religion, soit nouvelle en elle-même, soit importée d'ailleurs. La liberté de conscience protège même l'absurde; elle ne fléchit que devant l'immoralité [1].

En quittant ces réflexions générales pour considérer l'état des choses en France, où la religion catholique est celle de l'immense majorité du peuple, le

[1] Il y a là deux questions distinctes, très-délicates toutes les deux : 1° si les citoyens ont besoin d'obtenir l'autorisation de l'administration pour professer un culte nouveau ; 2° s'ils en ont également besoin pour professer publiquement un culte reconnu par l'état, et, par exemple, pour établir un oratoire protestant dans un lieu où il n'en existait pas auparavant. — La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la nécessité de l'autorisation dans les deux cas.

principal nœud de la difficulté a toujours été de concilier les droits de l'état, comme pouvoir temporel, avec ceux du chef spirituel de la religion, résidant à Rome. Les luttes qui s'établirent autrefois à ce sujet donnèrent naissance à ces fameuses libertés de l'église gallicane, dont on entend souvent parler sans savoir précisément le sens de ce mot. C'est ce qui m'excusera de jeter d'abord un coup d'œil sur le droit ancien, avant d'examiner l'état de choses sous lequel nous vivons aujourd'hui.

§ I.

Libertés de l'Eglise gallicane.

Notre droit religieux sortit des luttes de trois puissances, le Saint Siége, l'épiscopat français, et la royauté. D'ordinaire l'épiscopat et la royauté se liguaient ensemble contre le Pape, sauf à vider ensuite leurs querelles particulières, où le pouvoir temporel gagna toujours du terrain. A une époque où aucune limite n'était fixée, les anciennes traditions, les décisions des conciles nationaux, les pragmatiques de nos rois, plus tard les arrêts des parlements, furent les sources de ces fameuses libertés de l'église gallicane, qui ne représentaient pas des priviléges, mais le droit commun de la résistance aux envahissements des Souverains Pontifes. Elles restèrent à l'état de droit non écrit jusqu'au XVI[e] siècle, où

Pierre Pithou les réduisit en articles avec les preuves à l'appui, d'une main si ferme que son livre faisait foi en cette matière [1]. La célèbre déclaration du clergé français, rendue en 1682 sous l'inspiration de Bossuet, ne fit que donner une consécration solennelle à ces libertés, qu'elle résuma dans les quatre propositions suivantes.

PREMIÈRE PROPOSITION.

« Le Pape, armé d'un pouvoir purement spirituel, ne peut porter atteinte en aucune manière à l'autorité temporelle du Roi, ni empiéter sur celle-ci; et s'il le fait, il ne lui est pas dû obéissance[2]. »

Ce premier principe, le plus important de tous au point de vue du droit proprement dit, proclamait la séparation du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel; il contenait, entre autres conséquences, les suivantes, qui feront connaître quelques-uns des droits que revendiquait le Saint Siége dans les divers états de la chrétienté.

Le Pape ne peut mettre le royaume en interdit [3].

[1] Dans son *Traité des Libertés de l'Eglise gallicane*.

[2] Je ne me suis point assujetti à reproduire le texte même des quatre propositions, mais seulement leur analyse, *brevitatis causa*.

[3] Ceux qui revendiquaient ce droit pour le Pape, alléguaient, comme preuve à l'appui, l'origine du célèbre royaume d'Yvetot. Clotaire I ayant tué Gaultier, seigneur d'Yvetot, dans l'église de Soissons, un vendredi-saint, le Pape Agapet l'aurait menacé de lancer l'interdit sur son royaume, et ce serait pour

Il ne peut lever aucun impôt en France[1].

Les bulles n'y reçoivent exécution que revêtues du *Pareatis* du Roi, par les officiers royaux, et non par les officiers apostoliques[2].

Il n'y envoie pas de légats avec pouvoir de juger, de réformer ou de dispenser, sinon à la postulation expresse du Roi[3].

Les notaires apostoliques n'y peuvent instrumenter valablement[4].

Il ne peut autoriser les couvents et les ecclésiastiques à aliéner leurs propriétés[5].

échapper à cette menace que Clotaire aurait consenti à décharger à perpétuité les successeurs de Gaultier de tout hommage et de toute obéissance. Mais ce récit, qu'on ne trouve que dans quelques historiens modernes, tels que Robert Gaguin et du Haillan, ne rencontrait guère de créance. (V. Dupuy, *Comment. sur les Libertés de l'Eglise gall.*, t. 1, p. 305.)

[1] En 1247, S. Louis s'opposa à une levée d'argent que le Pape voulait faire en son royaume (Matthieu Paris, p. 960). L'art. 5 de sa pragmatique sanction, publiée en 1268, renouvela cette défense de la manière la plus formelle.

[2] Pithou, art. XLIV.

[3] Pithou, art. XI.

[4] Durand de Maillane, v° *Notaire apostolique.* — On sait qu'au moyen âge les notaires du Pape prétendaient avoir pour ressort toute la chrétienté. Duranti l'attestait au XIII[e] siècle : « *Notarius vel tabellio ab Imperatore vel Papa, vel ab eo cui hoc speciali privilegio indultum erat, ordinatus, potest ubique, etiam in Francia, vel Anglia, vel Hispania, non solum in terris eis specialiter subjectis, suo officio uti et instrumenta conficere* (Speculum Juris, de Fid. Instr., § 23). Ces notaires apostoliques durèrent en France, avec des attributions très-réduites, jusqu'à l'édit de 1693, qui les supprima.

[5] Pithou, art. XXV.

Il ne peut légitimer les bâtards, si ce n'est à l'effet de leur conférer l'aptitude aux fonctions ecclésiastiques [1].

Il ne peut proroger les délais accordés aux exécuteurs testamentaires, ni convertir les legs contre la volonté des testateurs [2].

DEUXIÈME PROPOSITION.

« La puissance spirituelle du Pape ne va pas jusqu'à détruire les décrets du concile de Constance, rendus dans ses quatrième et cinquième sessions. »

Dans la quatrième session du concile de Constance, il fut posé en principe que l'Eglise, réunie en concile général, tient son pouvoir immédiatement de Dieu, et que personne ne peut s'y soustraire, pas même le Pape. Et dans la cinquième session, il fut déclaré que tout fidèle, sans exception, qui refuse d'obéir au saint synode dans les choses de foi, peut être mis en pénitence, ou même poursuivi par les voies de droit [3].

[1] DUPUY, tom. I, p. 78.

[2] Les tribunaux ecclésiastiques se prétendaient seuls juges de la validité des testaments, et il paraît qu'ils disposaient souvent des biens en faveur de qui ils voulaient. Du moins ce fut l'un des soixante-six griefs allégués par Pierre de Cugnères contre les abus de la puissance ecclésiastique dans la fameuse assemblée de Vincennes (1329). V. FLEURY, *Histoire ecclés.*, liv. 94, ch. 5.

[3] « *Item declarat quod quicumque cujuscumque conditionis, status, dignitatis,* etiamsi papalis, *qui mandatis, statutis seu ordinationibus aut præceptis hujus sacræ synodi et cujuscumque*

TROISIÈME PROPOSITION.

« Le Saint Siége ne peut déroger aux anciens canons, aux anciennes constitutions et aux anciens usages du clergé français. »

Par cette proposition, les évêques avaient principalement en vue les droits suivants, dont la cour de Rome tendait à les dépouiller :

Droit de s'opposer à ce que les lois et décrets du Pape fussent mis à exécution en France sans leur consentement, et même d'y faire des exceptions et des modifications en assemblée générale [1];

Droit de juger, également en assemblée générale, les questions de foi et de discipline [2];

Droit des évêques de juger les clercs, et des métropolitains de juger les évêques, sans qu'aucun ecclésiastique français pût être mandé en cour de Rome [3];

alterius concilii generalis legitime congregati, super præmissis seu ad ea pertinentibus, factis vel faciendis, obedire contumaciter contempserit, nisi resipuerit, condignæ pœnitentiæ subjiciatur et debite puniatur, etiam ad alia juris subsidia (si opus fuerit) recurrendo. » ACT. CONCIL., t. IX, p. 258.)

[1] DUPIN, *Traité de l'Autor. ecclés. et du Pouvoir temporel*, tom. II, p. 342.

[2] *Ibid.*

[3] Grégoire VII et Innocent III avaient surtout lutté pour établir leur juridiction sur les ecclésiastiques français. En 1650, Richelieu ayant fait nommer un nonce apostolique pour juger plusieurs évêques accusés de lèse-majesté, tout le clergé protesta. V. la protestation rapportée par DUPIN, tom. II, p. 298. — V. aussi PITHOU, art. XIII; DUPUY, t. I, p. 47 et suiv., etc.

Droit des évêques de faire exclusivement dans leur diocèse tous les actes d'administration spirituelle, sans que le Pape puisse y exercer aucune de leurs fonctions par lui-même ou par délégués.

QUATRIÈME PROPOSITION.

« L'église de France ne tient le jugement du Pape pour irréformable qu'autant qu'il a été approuvé par les conciles généraux. »

C'est la grande question de l'infaillibilité qui divise les gallicans et les ultramontains. Ceux mêmes qui tiennent pour l'infaillibilité ne l'attribuent au Pape que lorsqu'il parle *ex cathedra*, expression sur le sens de laquelle ils ne sont pas tous d'accord[1]. L'église française ne croit pas même qu'il soit infaillible en ce cas, et elle allègue des exemples historiques pour établir sa faillibilité en matière de foi : c'est d'ailleurs la conséquence naturelle de sa doctrine sur la soumission du Souverain Pontife aux décrets des conciles[2].

Tel était le sens de la déclaration de 1682, devenue loi de l'état, et considérée comme encore en vi-

[1] Suivant les uns, le Souverain Pontife parle *ex cathedra* quand il rend une bulle ou quand il répond à une consultation. D'autres le réputent infaillible toutes les fois qu'il parle comme Souverain Pontife pour enseigner l'Eglise.

[2] Entre autres exemples, les gallicans citent la lettre d'Honorius condamnée par le VIe concile général comme approuvant l'hérésie des monothélites. (DUPIN, tom. III, p. 430 et suiv.)

gueur de nos jours[1]. Néanmoins, comme elle réglait plutôt les rapports du Saint Siége avec l'autorité ecclésiastique qu'avec le pouvoir temporel, il convient de jeter encore un coup d'œil sur les deux pragmatiques et sur le concordat de François Ier, qui complétaient l'état du droit public dans notre ancienne jurisprudence.

§ II.

Droit ancien.

Depuis le deuxième concile de Latran[2], les Papes prétendaient avec plus d'insistance au droit de provisions et de collations des bénéfices, ainsi qu'à celui de lever des impôts dans les divers royaumes de la chrétienté. Ces prétentions devenant de plus en plus inquiétantes, saint Louis, malgré son respect pour l'Eglise, essaya d'y mettre un terme par sa pragmatique de l'année 1268. Il y proclamait deux grands principes: le maintien du droit d'élection aux églises,

[1] Un édit du 23 mars 1682 avait ordonné l'enregistrement de cette déclaration en cour de parlement, et lui avait ainsi imprimé le caractère légal. De nos jours, un arrêt de la cour royale de Paris du 3 décembre 1825 a jugé que la déclaration du clergé français était *toujours reconnue et proclamée loi de l'état.*

[2] Tenu en 1139, sous Innocent II. Plus de 1000 évêques y assistaient. Le Pape y fut proclamé souverain collateur de tous les bénéfices ecclésiastiques.

et la défense de lever aucune taxe au nom du Saint Siége[1].

Les principes de la pragmatique de saint Louis n'avaient pas toujours été respectés par la cour de Rome. Après les troubles religieux qui provoquèrent les conciles de Constance et de Bâle, la couronne de France sentit le besoin de renouveler la charte de sa liberté religieuse. De là la pragmatique de Charles VII, qui ne fit que confirmer et développer les principes déjà consacrés par saint Louis[2].

Le concordat de François Ier (1516) présente un caractère mixte qui laisse incertain s'il fut une nouvelle conquête du pouvoir royal ou une concession au Saint Siége. On y distingue trois innovations graves : 1° abolition de l'élection dans les charges ecclésiastiques[3], 2° rétablissement du tribut des annates[4], 3° rétablissement des appels au Pape sup-

[1] Laferrière, *Cours de Droit public*, p. 66.

[2] *Ibid.* La pragmatique de Charles VII est du 13 juillet 1439.

[3] Par le concordat stipulé entre François Ier et Léon X, le Roi avait la présentation, et le Pape l'institution canonique. Le principe de l'élection ne fut pas supprimé ouvertement; on le retira seulement aux chapitres qui n'avaient pas de titre écrit ; les autres le conservèrent. Mais en 1532 le Roi obtint du Pape de nommer à tous les bénéfices sans exception sa vie durant. Pendant ce temps-là, le chancelier Duprat devait se faire remettre les titres d'élection pour les vérifier. On prétend que dès qu'il les eut, il les brûla. De cette manière la couronne resta en possession définitive de présenter les évêques, sauf pour le cas où le titulaire venait à décéder en cour de Rome. Alors le Pape nommait directement. (Dupuy, *Hist. du Concordat*, p. 116.)

[4] L'annate était un impôt qui consistait à attribuer au Saint Siége la première année des revenus des bénéfices vacants. Le

primés depuis trois siècles, mais avec cette clause, que le Pape devait nommer des commissaires pour statuer dans l'intérieur du royaume [1].

Enfin, plusieurs ordonnances avaient fixé la compétence, autrefois très-étendue, des officialités ou tribunaux ecclésiastiques [2].

La lutte de ces juridictions avec les juges royaux ou seigneuriaux éclata au XIVe siècle, dans la fameuse assemblée de Vincennes, où Pierre de Cugnères, avocat général au parlement, proposa soixante-six griefs contre les abus de l'autorité ecclésiastique [3].

Roi achetait, comme on voit, par quelques concessions le droit de nommer les évêques. C'est ce qui fit dire que le Roi et le Pape s'étaient mutuellement donné ce qui n'appartenait ni à l'un ni à l'autre.

[1] Le concordat (tit. 6, § 1) permettait l'appel au Pape dans les affaires spirituelles, mais seulement après que le métropolitain avait statué. Il défendait l'appel *omisso medio*. (V. Serrigny, *Traité de la Compétence en Matière administrative*, tom. I, n° 113.)

[2] La justice ecclésiastique était rendue par un official nommé par l'évêque; un promoteur jouait auprès de lui le rôle de ministère public. Dans l'origine, les tribunaux d'église revendiquaient toutes les causes où un clerc était intéressé; celles qui concernaient les veuves, les orphelins; celles où il pouvait entrer du péché, comme les questions de validité de mariage, celles d'obligations contractées avec serment, etc. Mais dans le dernier état du droit, les officialités ne connaissaient plus au civil que des demandes pures personnelles dans lesquelles un ecclésiastique était défendeur (v. d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, p. 306).

[3] Etienne Pasquier a fait l'histoire de cette assemblée de prélats et de barons convoquée, en 1329, par Philippe de Valois, dans ses *Recherches de la France*, liv. III, ch. 33.

Cette assemblée, sans produire de résultat immédiat, donna le signal de la résistance; et lorsqu'un siècle après les parlements se furent emparés de l'appel comme d'abus, qui leur donna le jugement des conflits entre l'autorité cléricale et l'autorité civile, ils resserrèrent chaque jour le cercle des attributions des officialités, qui, dépouillées peu à peu de leurs prérogatives, vinrent s'éteindre dans la révolution de 1789, avec presque toutes les institutions de l'ancienne monarchie.

§ III.

Droit nouveau.

Au sortir de la révolution, quand les temples se rouvrirent, il fallut organiser de nouveau les rapports de l'Etat et de l'Eglise. C'est ce que fit Bonaparte, premier consul, par le concordat de l'an IX, œuvre de Portalis, ainsi que par la loi organique du 18 germinal an X, qui nous régit encore aujourd'hui.

Le principe de la liberté des cultes, et par conséquent de leur égalité devant la loi, étant désormais reconnu, notre droit nouveau devait reposer sur des bases plus favorables au pouvoir temporel. Tout en proclamant l'indépendance de l'Eglise quant aux choses spirituelles, il fit la part plus large à la haute surveillance que l'état doit exercer. On peut rap-

porter toutes les dispositions du concordat à deux points de vue principaux, la discipline extérieure, et la discipline intérieure.

A l'extérieur, le Saint Siége a l'institution canonique des évêques; mais leur nomination appartient au Roi, qui règle aussi la circonscription des diocèses avec l'agrément du Pape. — Les bulles du Pape, les décrets des conciles généraux, ne peuvent être publiés en France qu'après vérification par le conseil d'état de leur forme, et de leur conformité avec les lois, canons et franchises du royaume.

A l'intérieur, nécessité de l'autorisation préalable pour la réunion des conciles nationaux ou métropolitains, et de toutes assemblées du clergé; nécessité pour l'autorité ecclésiastique de soumettre tous ses actes à l'approbation du pouvoir: notamment, nomination des curés par les évêques, mais avec l'agrément du Roi; surveillance des curés sur les desservants; juridiction des évêques sur les curés et des métropolitains sur les évêques, en matière de discipline[1]; obligation pour le clergé de départir à tous les citoyens les sacrements et les secours de la religion, sauf les cas prévus par les canons; enfin, rétablissement de l'appel comme d'abus, qui soumet en

[1] Les officialités ont été supprimées par la loi des 7-11 septembre 1790. Elles n'ont jamais été rétablies officiellement; et si quelques évêques ont nommé des officiaux, c'est seulement à titre de conseil privé pour s'éclairer de leurs avis. Les peines que prononcent les évêques et les métropolitains sont la suspense et l'interdit. On admet encore aujourd'hui l'appel du métropolitain au Pape. (V. Serrigny, tom. 1, n° 115.)

définitive les empiètements du clergé à la censure d'une juridiction civile[1].

Tels sont les principes qui, avec quelques lois spéciales rendues depuis l'époque du concordat, forment les bases nouvelles de notre droit public ecclésiastique[2].

CHAPITRE VI.

Du Droit criminel.

§ I.

De l'Origine du Droit de punir.

L'origine de ce droit terrible, qui va jusqu'à répandre le sang, a été pour les publicistes le sujet de controverses animées sur lesquelles je dois jeter un

[1] C'est aujourd'hui le conseil d'état qui connaît de l'appel comme d'abus, dont les causes sont déterminées par la loi du 18 germinal an x. Cet appel se résout dans une pure censure portant qu'*il y a abus*, et dont toute la force consiste dans l'effet moral.

[2] Parmi les lois spéciales postérieures au concordat, il faut citer la loi du 24 mai 1825, qui prohibe les congrégations religieuses d'hommes, et ne tolère celles de femmes qu'avec l'autorisation de l'administration. Cette prohibition absolue en ce qui concerne les hommes peut paraître contraire à la liberté de

coup d'œil, puisque aussi bien il s'agit ici du véritable fondement du droit pénal.

Pour les uns, le droit de punir dérive du droit de vengeance, comme si la vengeance n'était pas une passion plus blâmable qu'honorable, fort impropre à justifier quelque espèce d'institution que ce soit[1].

Les autres, et ce sont les philanthropes, ne croient à la légitimité d'une peine qu'en tant qu'on la fait servir à améliorer le moral du coupable[2]; mais s'il est vrai qu'on doive autant que possible faire servir la peine à ce résultat, il est évident aussi que ce n'est pas dans l'intérêt du délinquant qu'on le punit. D'ailleurs, ce système conduit à déclarer illégitime la peine de mort, sans laquelle la société ne pourrait se maintenir.

Une troisième théorie, dérivant de la théorie du contrat social, suppose que les hommes, en entrant en société, consentent à subir une peine donnée, pour le cas où ils commettraient telle ou telle action contraire à l'intérêt général[3]. J'ai déjà réfuté plus haut cette singulière fiction par laquelle un homme condamné à mort consentirait à être exécuté, ou du moins y aurait consenti par le pacte social originaire. On ne s'explique pas facilement comment

conscience. Elle ne se légitime que par le droit de police de l'état, qui peut défendre les choses dont l'expérience lui a révélé les abus et les dangers.

[1] *Sic* Bruckner, *Essai sur l'Origine des Droits*, § 249.

[2] On trouve déjà cette idée dans Platon, *Gorg. Protag. de Legg.*, xi al. Elle a souvent été répétée depuis.

[3] V. Rousseau, *Contrat social*, liv. ii, ch. 5.

l'homme, qui n'a pas le droit d'attenter à sa vie, pourrait céder conventionnellement ce droit à d'autres[1].

Un autre système plus plausible, n'a voulu voir dans la peine qu'un moyen de défense et d'intimidation employé par la société pour maintenir l'ordre[2].

Oderunt peccare boni virtutis amore;
Oderunt peccare mali formidine pœnæ.

Cependant, qu'on y prenne garde, tout ce qui résulterait de là, c'est que les répressions pénales sont utiles; mais l'utilité seule n'est pas un principe de droit. Autrement, il faudrait punir de mort tous les crimes, à l'exemple de Dracon: car ce serait le mode d'intimidation le plus efficace. Supposez un homme accusé faussement, et le juge en ayant la conviction, mais ayant aussi la conviction qu'un grand exemple est nécessaire: il ne pourra cependant pas le condamner, quoique l'utilité le conseille. Quand ce juge de Bagdad condamnait à mort un étranger innocent, en lui disant: Je pleure sur ton sort, mais je te condamne parce que le salut de Bagdad le demande! Il raisonnait comme un utilitaire sensible; mais la justice démentait ses paroles. Il faut donc trouver, pour fonder le droit de punir, un principe autre que celui de l'utilité[3].

[1] On peut voir dans Rousseau, *loco citato*, comment il essaie de repousser cette objection.

[2] C'est la doctrine de Romagnosi, *Genesi del Diritto penale*, p. 2, c. 18.

[3] Ainsi, quand Sénèque disait: *Nemo prudens punit quia pec-*

Ce principe serait-il celui de l'expiation ? On ne peut nier que, par un sentiment primitif, contemporain dans notre raison du premier concept du bien et du mal, nous n'éprouvions tous, à la vue d'un méfait, l'idée de démérite. Or, démériter n'est autre chose que d'être digne d'un châtiment; à tel point que beaucoup de personnes voient dans ce sentiment la meilleure preuve d'une autre vie où les crimes couronnés de succès dans ce monde trouveraient enfin leur punition. Je ne prétends pas nier en effet qu'il ne soit juste que le mal soit suivi d'une réparation suffisante; mais ce qui n'est pas clair de soi-même, c'est que l'homme ait le droit de se faire, par anticipation, l'instrument de la justice divine, pour frapper ses semblables dans leur liberté ou dans leur existence [1].

J'omets beaucoup d'autres sophismes et beaucoup d'autres rêveries, pour exposer en peu de mots ce qui me paraît dériver du simple sens commun [2].

catum est, sed ne peccetur (de Ira), il ne disait que la moitié de la vérité : il aurait fallu dire, *quia peccatum est et ne peccetur*.

[1] V. Rossi, *Traité de Droit pénal*, tom. I, ch. 12. M. Rossi a mis en avant l'idée de l'expiation; mais par les développements qu'il donne, on verra que sa doctrine revient à celle que je vais exposer.

[2] Comme exemple de sophisme, on peut citer celui de Filangieri, qui raisonne à peu près de la sorte : Un homme qui en attaque un autre donne à celui-ci le droit de le tuer. Or, si l'agresseur a perdu le droit d'existence avant d'accomplir son crime, il serait contradictoire qu'il l'ait acquis après l'avoir accompli. Donc, après la mort de la victime, le droit qu'elle avait acquis sur la vie de son assassin, se transporte sur la société

Le principe de l'utilité et le principe de l'expiation, insuffisants chacun à part soi, me paraissent, quand on les rapproche, très-propres à légitimer le droit de punir.

Ce droit est non-seulement un droit d'utilité, mais un droit de nécessité pour le corps social : c'est pour la société une question d'être ou de ne pas être. Cela seul, aux yeux de bien des personnes, paraîtrait une raison assez forte pour dispenser d'en alléguer d'autres. Cependant ce n'est point encore assez; car la société n'aurait pas le droit de sacrifier un innocent pour se sauver. Il faut donc y joindre ce sentiment intime qui nous apprend que celui qui a fait le mal mérite punition, et alors la question se transforme en celle-ci : Lequel vaut le mieux, ou que la

(*Scienza della Legislazione*, lib. III, cap. 29). Mais c'est transformer le droit de défense légitime en droit de punir, deux droits qui n'ont rien d'analogue, puisque l'un ne commence justement que quand l'autre n'existe plus.

Comme exemple de rêverie, je me contenterai de rapporter l'opinion de Fichte, d'après qui le droit de punir n'est autre que celui d'exclure le délinquant de la société. Les peines infligées ne seraient que le résultat d'un contrat d'échange par lequel, l'état ayant besoin de ses membres, et ceux-ci devant tenir à rester dans l'état, la mise hors la loi serait rachetée par telle ou telle punition. Personne ne pouvant être censé racheter sa mise hors la loi au prix de sa vie, Fichte en conclut que la peine de mort n'est pas une chose de droit, mais un expédient par lequel la police, et non la justice, s'efforce d'éviter un danger, comme quand elle fait tuer une bête nuisible. On ne doit pas s'étonner que ce philosophe soit d'avis que les exécutions à mort doivent être consommées en secret. (V. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts*, Th. II, S. 124.)

société se dissolve, ou que celui qui a commis un crime essuie le châtiment qu'il a mérité ?

Mais, objecte-t-on, quoiqu'il soit juste que le coupable soit puni, peut-être n'est-il pas juste que ce soit la société qui le punisse. Singulier scrupule que celui-là ! si Dieu a donné aux hommes le droit de se constituer en société, il leur a donné aussi le droit de faire toute chose juste sans laquelle la société serait impossible. Nier le droit de punir ou nier le droit de s'associer, sont deux idées équivalentes pour la raison.

En reconnaissant à la société le droit de frapper les crimes commis dans son sein, je n'entends pas toutefois lui imposer la mission de venger la morale, ni considérer la peine comme une chose d'une justice absolue qu'elle ne serait pas maîtresse d'appliquer ou de ne pas appliquer. Dieu seul venge la morale par une justice plus certaine que celle des hommes. Quant à la société, elle n'a droit, à la vérité, de punir que ce qui mérite expiation; mais il n'en faut pas conclure qu'elle soit tenue de punir tout ce qui mérite expiation. Elle n'agit que dans la limite de son intérêt; elle ne prononce que les peines réclamées par le soin de sa propre défense et de sa sécurité dans l'avenir. Quand même une action serait criminelle, si elle est sans danger pour le corps social, celui-ci n'a pas le droit de la punir: car alors il empièterait sans nécessité sur la prérogative de la justice divine, la seule qui sonde les consciences et qui soit à l'abri de l'erreur.

Je me résume en ces termes:

Toute action criminelle mérite un châtiment; à Dieu appartient le droit de l'infliger.

Les hommes ne peuvent se faire les ministres de la punition qu'autant que la nécessité l'exige; mais ils le peuvent quand la nécessité l'exige.

S'il n'y a pas nécessité, c'est-à-dire danger pour le corps social, l'égalité naturelle des hommes et la possibilité de l'erreur doivent les empêcher d'intervenir entre la conscience du coupable et la justice de Dieu.

§ II.

A qui appartient le Droit de punir?

Ce droit, éminemment social, n'appartient qu'à l'état; la partie lésée par un crime n'a le droit de légitime défense qu'autant que dure le péril. Une fois l'attentat consommé, elle n'a plus le pouvoir de frapper le coupable redevenu inviolable à son égard.

Si chacun pouvait s'arroger le droit de punir les attentats dont il a été l'objet, la paix publique serait troublée chaque jour par des représailles violentes; il n'y aurait d'ailleurs nulle garantie que la réparation serait équitable et proportionnée; elle perdrait toute solennité, tout effet moral.

On a fait une objection tirée de l'état de nature, en disant que si à l'offensé, de droit naturel, n'appar-

tient pas le droit de punir l'offenseur, ce droit ne peut appartenir à nul autre, et que si le droit de punir ne peut exister entre deux individus, il ne peut exister davantage entre quatre, ni entre quatre millions, par le fait de la convention sociale. Je n'insisterai pas sur ces raisonnements déduits d'un état de choses fort éloigné de nous. Il y a bien des faits qui ne peuvent exister dans l'état de nature, et qui existent dans l'état de société, sans être illégitimes. D'ailleurs, dans l'état de nature, il y a au moins des pères de famille qui exercent le pouvoir social à son état rudimentaire. Si l'on veut entendre par état de nature un état où les hommes ne seraient pas même liés entre eux par la famille, alors je ne discute pas sur une hypothèse qui ne peut avoir aucune réalité.

Mais il faut distinguer l'action *publique* ou pénale, de l'action *civile* ou en dommages-intérêts.

Quand on dit que le droit de punir n'appartient pas à la partie lésée, on n'entend lui refuser que le pouvoir de mettre le droit criminel en mouvement, et de frapper son adversaire dans sa personne ou dans sa liberté. Que si le délit lui a causé un préjudice appréciable, elle aura le droit de saisir les tribunaux d'une plainte purement privée, tendant à obtenir une indemnité, conformément au principe qui rend chacun responsable du dommage qu'il cause à autrui. C'est cette action qu'on appelle action civile [1].

[1] L'action civile, dans nos lois, peut être portée, au choix du demandeur, ou accessoirement devant les tribunaux criminels

Quant à l'action publique tendant à l'application de la peine, elle n'est dirigée que par un officier public, représentant de la société, auquel celui qui a souffert d'un attentat est seulement recevable à en faire la dénonciation [1].

§ III.

Des Eléments de la Criminalité.

Pour qu'une action puisse être réputée délit punissable, il faut le concours de plusieurs conditions relatives les unes au fait lui-même, les autres à la personne de l'agent.

saisis de l'application de la peine, ou principalement devant les tribunaux civils (*Cod. Inst. crim.*, art. 3). Du reste, ces deux actions suivent des règles très-différentes. C'est ainsi que l'action publique s'éteint par la mort de l'accusé, tandis que l'action civile passe contre ses représentants.

[1] En France, l'officier chargé de poursuivre les délits est le procureur général ou le procureur du roi, et généralement tous ceux qui exercent les fonctions du ministère public. L'institution du ministère public, inconnue chez les peuples anciens, est l'une des plus heureuses créations de l'ordre judiciaire moderne. Chez les Romains, l'action pour traduire le coupable en justice était formée par de simples particuliers. On distinguait, à cet égard, les délits en délits privés et en délits publics. La poursuite des délits privés, du vol, par exemple, n'appartenait qu'à celui qui en avait souffert. Au contraire, pour les crimes appelés publics, l'action compétait au premier venu, *cuivis e populo*. On sent combien un pareil système devait entraîner de négligence, et souvent aussi de poursuites passionnées.

Relativement au fait lui-même, il faut qu'il ait été consommé, ou du moins qu'il y ait eu tentative. La résolution la mieux arrêtée, si elle n'avait été qu'interne, si aucun acte d'exécution ne s'en était suivi, peut être considérée comme blâmable en morale; mais elle n'est pas du ressort du droit. La doctrine qui permettrait au législateur de la transformer en crime, prêterait par son élasticité à tous les abus, à toutes les tyrannies.

Il est difficile de préciser le point exact où l'acte extérieur tendant au crime autorisera la justice humaine à intervenir. Un repris de justice projetant un vol, achète un crochet et se promène devant le logis où il médite de s'introduire. Il n'y a point encore là de tentative. Mais s'il met le crochet dans la serrure, il y a tentative; il y a commencement d'exécution; il y a violation du domicile d'un citoyen.

C'est un empoisonneur qui est allé acheter de l'arsenic chez un pharmacien pour l'administrer à sa victime; mais il s'est arrêté à temps par crainte ou par repentir. Ce fait n'est pas encore punissable. S'il avait jeté le poison dans la potion du malade, la tentative existerait, quand même celui-ci s'en serait aperçu, et aurait refusé de la prendre [1].

[1] M. Rossi (*Droit pénal*, t. III, p. 310) suppose un homme qui, croyant administrer de l'arsenic, administre une autre substance par erreur; et il ne voit dans ce fait aucune infraction punissable, parce qu'il n'y avait pas *possibilité* du crime. C'est, dit-il, comme si un enfant puisait dans l'Océan avec un gobelet: serait-ce une tentative pour le mettre à sec? N'en déplaise à M. Rossi, la société n'est pas menacée de voir l'Océan mis à sec;

Mais y aurait-il tentative de meurtre dans la menace, même sérieuse, faite à un homme de le tuer? Non, sans doute, on ne peut pas, sans pervertir les idées, voir une tentative de meurtre dans de simples paroles qui trahissent tout au plus une résolution. Ce n'est pas à dire néanmoins que des menaces ne pourront pas constituer un délit punissable; mais ce sera un délit *sui generis*, analogue à celui des injures, que la loi fera bien de réprimer d'une peine modérée; ce ne sera pas le crime de meurtre, ni la tentative de ce crime : observation qui mérite d'être notée, parce qu'elle explique comment un fait préparatoire, insuffisant pour constituer une tentative, peut quelquefois être puni comme étant une infraction d'un genre spécial.

Il faut distinguer deux nuances diverses dans la tentative, selon qu'elle aura manqué son effet par la volonté de l'agent, ou par un fait étranger à cette volonté.

Dans le premier cas, la suspension volontaire de l'exécution doit être admise comme effaçant la criminalité, à moins que la tentative par elle-même ne constitue déjà un délit punissable.

Dans le second cas, quoique la même excuse n'existe pas, il est très-naturel au moins de modérer la peine : car si la méchanceté du malfaiteur a été la

mais elle est très-intéressée à ce qu'il ne se commette pas des erreurs du genre de celle qu'il suppose. Je verrais là, pour ma part, une tentative très-caractérisée.

même, l'humanité veut qu'on lui tienne compte de ce que le crime n'a pas été consommé[1].

Voyons maintenant les conditions qui concernent la personne de l'agent.

Il ne suffit point, par rapport à lui, que le crime ait été matériellement consommé, s'il ne lui est pas *imputable*. Or deux faits peuvent empêcher l'imputabilité, à savoir, la juste ignorance et le défaut de liberté.

Il y a juste ignorance dans l'enfant et dans l'insensé, qui ne sont point responsables de leurs actes. Mais il n'y a pas juste ignorance dans celui qui prétend avoir ignoré la loi, car son devoir était de la connaître; il n'y a pas juste ignorance dans celui qui, pour assouvir une passion brutale, administre à une femme, dans le dessein de l'endormir, une boisson qui l'empoisonne. Il n'y a pas juste ignorance dans celui qui, voulant tuer un homme, dirige par erreur ses coups sur son meilleur ami.

On doit remarquer aussi que l'absence de dol n'équivaut pas toujours à la juste ignorance, la négligence suffisant souvent pour constituer un délit punissable criminellement, comme dans le fait du chasseur qui, faute d'attention, tire sur quelqu'un, en croyant tirer sur une pièce de gibier. Seulement,

[1] L'art. 2 de notre Code pénal applique la même peine à la tentative qu'au crime lui-même, quand elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

ce ne sera point ici le crime de meurtre, mais un délit particulier beaucoup moins grave.

Enfin, le défaut de liberté est la dernière cause qui puisse empêcher l'imputabilité du crime.

Si la violence avait été matérielle, si l'on avait conduit la main de l'accusé, réduit alors au rôle d'agent purement passif, il n'y aurait point d'acte de volonté de sa part, partant point de délit. Aussi n'est-ce pas de ce cas extrêmement rare que je veux m'occuper.

Mais s'il ne s'agit que d'une contrainte morale, la question devient plus douteuse : c'est se demander s'il est innocent à un homme d'aider à des brigands à commettre un meurtre pour échapper à la mort dont ils le menacent; ou bien si, dans une inondation, il est licite de s'emparer de la barque d'un autre pour se sauver, en laissant noyer le propriétaire. Toutes ces hypothèses peuvent se ramener à cette question générale : Celui qui est menacé d'un mal, quelque grand qu'il soit, peut-il s'en décharger en le faisant tomber sur autrui? La réponse n'est pas douteuse : non, personne ne peut revendiquer un pareil droit.

Celui qui nuit à un innocent pour éviter le danger qui le menace, viole la morale par cet acte d'égoïsme. Il viole aussi le droit privé en ce sens, qu'il sera tenu à réparer le préjudice causé. Mais faut-il conclure de là qu'il doive être puni criminellement? La société doit-elle le frapper parce qu'il a manqué de grandeur d'ame? Il serait facile de poser ici des

préceptes stoïques dont on s'écarterait inévitablement dans l'application. Pour moi, je crois que si le danger était pressant, considérable, la Justice doit user de clémence, quoique l'action soit criminelle; et je le crois par les deux raisons que voici :

La première, c'est que les hommes ne doivent pas punir dans les autres les actions qu'ils seraient trop exposés à commettre eux-mêmes dans l'occasion.

La seconde, c'est que la société n'est pas tenue de punir toutes les actions blâmables, mais seulement celles qu'elle peut punir utilement. On ne ferait peut-être pas d'injustice à celui qui a commis un délit pour sauver ses jours, en le punissant; mais à coup sûr on ne ferait rien non plus pour l'exemple. Ce serait une peine en pure perte que la justice des hommes doit s'abstenir de prononcer[1].

§ IV.

De la Distinction des Infractions.

Philosophiquement, l'on peut distinguer les infractions en délits de commission et en délits d'omission, en délits provenant du dol et en délits de simple imprudence, en délits contre les personnes et en délits

[1] V. *supra* (p. 220) un cas remarquable où la Justice a été plus sévère, dans l'affaire du *William-Brown*.

contre les propriétés. Mais ces distinctions seraient sans utilité dans la pratique. Le Code pénal en adopte une autre, purement de droit positif, qui consiste à classer les infractions en crimes, en délits et en contraventions, d'après la gravité des peines qui y sont attachées. Le principal objet de cette division est de déterminer la compétence du tribunal.

On appelle *contravention* l'infraction punie par la loi d'une peine de un à cinq jours de prison ou de un à quinze francs d'amende. Elle est jugée par le juge de paix tenant le tribunal de simple police.

On appelle *délit* l'infraction punie d'une amende supérieure à quinze francs, ou de plus de cinq jours de prison. Les tribunaux de police correctionnelle en connaissent.

Toute infraction punie de peines plus graves est réputée *crime*, et soumise au jugement de la cour d'assises.

Je me bornerai à faire sur cette distinction des délits les remarques suivantes :

Il n'y a pas de crimes par négligence ou par imprudence; mais il y a de nombreuses contraventions et de nombreux délits de ce genre. Les crimes présupposent toujours la volonté de mal faire.

Les crimes seuls sont réputés infamants, et entraînent pour le condamné incapacité de déposer en justice, de paraître comme témoin dans les actes, de servir dans les armées, et en général de remplir les fonctions publiques.

§ V.

De la Nature des Peines.

Le talion apparaît à l'esprit comme le moyen le plus naturel de déterminer les peines : car il semble que, dans l'état de nature, comme l'a remarqué un philosophe, celui qui viole le droit d'autrui perd par-là même un droit correspondant. Il est d'ailleurs censé s'être fait la loi à lui-même. Aussi la maxime *OEil pour œil, dent pour dent*, a trouvé place dans toutes les législations primitives [1].

Peut-être, en l'absence de lois positives, le talion serait-il la seule pénalité qu'il fût possible d'appliquer.

Mais quand on suppose des lois et une société organisée, on abandonne ce procédé souvent impraticable, plus souvent encore injuste. Le législateur doit chercher des peines plus simples, moins incertaines, et qui puissent s'appliquer à tous les délits comme à tous les délinquants [2].

[1] Le talion est la pénalité du droit mosaïque et de la loi des Douze Tables. On dérive ce mot de *talis; talio esto*, pour *talis esto*.

[2] Le talion est impraticable dans le cas d'adultère, de calomnie, et dans bien d'autres cas. Solon avait ordonné que celui qui crèverait l'œil à un borgne, aurait, par le talion, les deux yeux crevés. Mais il n'avait fait que résoudre une des mille hypothèses où cette loi était insuffisante.

Il ne sera pas même possible d'adhérer strictement à la maxime de Cicéron, toute raisonnable qu'elle paraisse : *Noxæ pœna par esto, ut suo quisque vitio plectatur : vis capite, avaritia mulcta, honoris cupiditas ignominia sanciatur*[1]. On a beau désirer une certaine analogie entre le mode de sensibilité que la peine affectera, et celui qui a été le mobile du délit, afin que le coupable soit puni, comme dit le peuple, par l'endroit de son péché. Cette considération doit céder à d'autres plus importantes. Et en effet, pourvu que la peine lui fasse éprouver une souffrance proportionnée à sa faute, et qu'elle réunisse en outre les conditions que nous allons exprimer, c'est tout ce que la raison réclame.

Les Romains, d'après l'idée de Cicéron, ne punissaient que d'une peine pécuniaire le vol, qui prend sa source dans la cupidité; mais cette peine dut souvent être illusoire, ceux qui se livrent au vol étant généralement insolvables. Sans exclure les amendes, utiles en beaucoup de cas, la prison est devenue la base des pénalités modernes, parce que ce mode de punition peut atteindre toute personne dans une chose que presque tous estiment, la liberté.

Les qualités que les criminalistes exigent dans la peine sont d'être proportionnée au délit, personnelle, exemplaire, et moralisante pour celui qui en est l'objet.

J'examinerai, en parlant du degré des peines dans

[1] Cicer., *de Legib.*, III.

le paragraphe suivant, comment il est possible de les proportionner au délit. J'ajoute ici un mot sur les autres conditions.

La peine doit être *personnelle*, c'est-à-dire qu'elle ne doit porter que sur le coupable. Ainsi la confiscation générale, aujourd'hui abolie, était une peine injuste en ce qu'elle ne punissait pas moins les enfants ou la famille du condamné que le condamné lui-même. J'en dirais presque autant à d'autres égards du bannissement pour crime, qu'on a appelé à juste titre *une violation du territoire étranger* [1].

En second lieu, la peine doit être *exemplaire* : car la société ne punit pas simplement pour venger la morale publique, mais aussi et surtout pour détourner les hommes du crime. Une pénalité qui passerait inaperçue ou à laquelle l'opinion n'attacherait rien de défavorable, ne répondrait pas à son but. Voilà pourquoi les exécutions secrètes doivent être réprouvées ; voilà peut-être aussi ce qui doit faire blâmer la mort civile, que nos codes reconnaissent encore, quoique bien certainement la crainte de cette peine n'ait jamais empêché personne de mal faire.

En troisième lieu, on doit s'efforcer d'obtenir que la peine soit *moralisante* pour le condamné, afin de le rendre à la société, non-seulement puni, mais encore réformé. Par leur organisation actuelle, nos bagnes et nos prisons produisent un résultat tout

[1] L'expression est du conventionnel Grégoire, qui qualifia ainsi le bannissement dans un projet de droit international présenté à la Convention (V. le *Moniteur* de 1795, n° 217.)

contraire, auquel les bons esprits s'occupent de porter remède par l'introduction du régime de l'isolement et de ce qu'on appelle le système pénitentiaire. Par la même raison, l'on doit éviter les peines qui laisseraient à celui qui les essuie un stigmate ineffaçable : telles que ces peines barbares de l'amputation des membres, en usage au moyen âge; celle de la marque, récemment abolie en France; celle du fouet, qui subsiste encore chez la plupart des peuples étrangers [1]. Ces diverses pénalités dégradent l'homme aux yeux de ses semblables et à ses propres yeux. Quelle qu'ait été sa faute, elles lui rendent presque impossible de rentrer dans les rangs des citoyens honnêtes.

La fausse opinion que le droit de punir était l'exercice d'une vengeance, avait multiplié autrefois les supplices les plus affreux, la mutilation, la roue, les bûchers, et cela souvent pour des délits d'un ordre secondaire. Ces châtiments ont heureusement disparu devant le progrès des mœurs publiques. Les seules peines reconnues aujourd'hui par la loi française, sont : la peine de mort dans un petit nombre de cas seulement, les travaux forcés à perpétuité ou à temps, la réclusion, la prison, la déportation, l'exposition, la privation des droits civiques, et les amendes.

[1] On s'étonne de voir des publicistes d'un libéralisme aussi peu suspect que Romagnosi approuver la peine du fouet. (V. *Genesi del Diritto*, nº 1528.

§ VI.

Du Degré des Peines.

La nature de la peine une fois déterminée, il s'agit de la proportionner au délit. Là est la grande difficulté : car, où trouver une échelle de proportion entre des choses si dissemblables que la criminalité d'un malfaiteur et l'espèce de souffrance qu'on lui infligera ?

Les uns ont dit que la peine devait se mesurer au dommage causé : c'est le plus imparfait de tous les systèmes [1].

D'autres envisagent la peine comme un contrepoids mécanique dont la fonction est de combattre le mobile passionné qui pousse l'agent au crime. Elle doit donc être en raison de la force de ce mobile, tel que le crime le suppose [2].

[1] Trois associés partagent leur bénéfice, qui leur produit à chacun un sac de mille francs. Le premier dépose cet argent chez un ami, qui dénie le fait quand il est sommé de restituer. Le second met son sac de mille francs dans un meuble dont il oublie d'ôter la clef : en sorte qu'un passant s'introduit dans son appartement, et le vole. Le troisième, plus soigneux, enferme son argent dans sa caisse. Mais un voleur entre la nuit avec escalade et effraction, et s'empare de la somme. Dans les trois cas, le dommage causé est le même ; cependant la peine appliquée doit être différente.

[2] C'est la doctrine de la *controspinta* enseignée par Romagnosi. (*Genesi, etc.*, n° 1369.)

Ceux qui partent du principe de l'utilité, pensent que la société a le droit d'infliger toute peine qu'elle juge nécessaire, par exemple la peine de mort pour le délit de vol, si les circonstances sont telles que l'on croie ne pouvoir agir sur les esprits que par ce moyen violent.

Nous avons vu que ce qui légitime l'application de la répression pénale par la société, c'est la légitimité absolue de l'expiation; que la société n'avait le droit de punir que par la nécessité où elle est de le faire, mais qu'elle ne le pouvait justement qu'autant que la punition était méritée. Il suit de là que la peine doit se mesurer au démérite ou à la perversité de l'agent, en ce sens au moins que l'extrême de la perversité fixera l'extrême de la peine, quoique la société, ainsi qu'on l'a dit, ne soit pas tenue d'appliquer toujours le *maximum* de la répression méritée.

Mais comment établir le rapport entre un fait moral et un fait matériel? Quelle commune mesure entre la perversité d'un homme et la prison ou les galères? Ici le moyen de comparaison direct échappe sans doute, comme il échappe entre tous les termes d'ordres différents. Le savant ne pourrait pas non plus comparer la longueur d'un chemin avec le poids d'un animal, ou l'âge d'un arbre avec la couleur d'une étoffe.

Mais de même que le savant pourra démontrer qu'entre divers chemins il y en a un plus long que l'autre et qu'entre divers animaux il y en a un plus pesant que l'autre, de même le criminaliste pourra

classer les délits par ordre de gravité, et les peines dont la société dispose aussi par ordre de gravité, en faisant en sorte que dans cette échelle la proportion entre les délits se retrouve aussi entre les peines. De cette manière au moins l'égalité proportionnelle ne sera pas violée, et c'est tout ce que peut se proposer l'insuffisance de l'homme et l'imperfection de ses moyens de répression [1].

§ VII.

Si la Peine doit être la même pour tous.

Le principe que la société doit se contenter d'infliger la plus petite peine jugée suffisante, joint à cette autre considération, que les peines agissent très-diversement sur les individus à raison de leur condition sociale, semble entraîner cette conséquence, que la peine ne devra pas être la même pour tous. La seule crainte de paraître en jugement, qui effraiera le riche, ne sera qu'un jeu pour le vagabond. Comment choisir alors une peine adéquate? Faut-il punir le riche plus qu'il n'est nécessaire, parce que le vagabond est déhonté? ou bien faut-il se contenter d'une peine légère dont le dernier se moquera?

En sens inverse, une amende très-lourde pour le

[1] Nous renvoyons à l'excellent chapitre de M. Rossi sur la mesure des peines. (V. son *Droit pénal*, tom. III, ch. 4.)

pauvre, ne sera qu'un moyen de répression illusoire pour l'homme qui a vingt mille francs de rente.

Ces observations, dont on ne sent toute la force que quand on essaie d'y répondre, expliquent sans doute pourquoi les anciennes législations consacraient des modes de punir distincts suivant la qualité des personnes [1].

Néanmoins elles n'excusent pas entièrement ce système, qui blesse le sentiment d'égalité, en faisant accroire aux citoyens que la loi n'est pas la même pour tous. Il faut remarquer d'ailleurs que, quand une peine infamante serait réellement plus grave pour le riche que pour le pauvre, eu égard à leur position, le même crime suppose aussi plus de perversité dans le riche que dans le pauvre, eu égard à l'éducation qu'a reçue le premier, et à l'absence des mobiles qui poussent le second dans la voie du mal.

Il faut remarquer enfin que l'inégalité des peines entraîne nécessairement un autre vice très-grave dans la loi pénale, je veux dire l'impossibilité de tracer une règle fixe au juge, ce qui est introduire l'arbitraire dans une matière qui ne le souffre point [2].

Mais une chose résulte de ce qui précède : c'est la nécessité, tout en déterminant la nature de la peine

[1] Dans le droit romain, par exemple, la sanction pénale suivante se représente continuellement : *Humiliores capite, honestiores exilio puniuntur.* (V. l. 1, § 3, *de Abigeis*, ff.; l. 1, *de Furib. baln.*, ff., etc.

[2] Comment déterminer, en effet, les limites de la condition des personnes, et ce que c'est qu'un *humilior* et qu'un *honestior*? C'est réduire tout au régime du bon plaisir.

et en fixant son *maximum* et son *minimum*, de laisser aux magistrats une certaine latitude qui leur permette de la proportionner, non-seulement à la culpabilité, mais aussi au rang et à la fortune des individus.

§ VIII.

De la Peine de Mort.

La question de la légitimité de la peine de mort a été de nos jours l'objet de déclamations qui partent chez les uns de la sensibilité, chez les autres d'une idée exagérée de l'inviolabilité de l'homme, et qui n'en sont pas moins dangereuses, quel que soit le motif qui les inspire.

Celui qui a versé le sang mérite que le sien soit répandu : voilà une idée primitive qui se sent, et qui ne se démontre pas.

Mais les autres hommes ont-ils le droit de prendre sur eux d'exécuter cet acte de justice? La question dépend de savoir si cela est nécessaire. Oui, si cela est nécessaire, ils le peuvent! Oui, si la vie des membres tranquilles de la société en dépend, ils le peuvent et ils le doivent!

Or, en posant ainsi la question, qui oserait soutenir que la loi abolitive de la peine de mort n'aurait pas pour effet dans l'avenir d'armer le bras des assassins contre la vie d'un grand nombre de personnes? Qui oserait soutenir que la peine de mort

n'a pas empêché un grand nombre de crimes, et n'en empêche pas tous les jours ? Avec ceux qui tenteraient de le nier, toute discussion devient superflue.

Que si cela est, la peine de mort est légitime, à moins qu'on ne veuille poser en principe que la vie des scélérats est plus inviolable que celle des honnêtes gens.

Quand l'abolition de la peine capitale n'aurait pour résultat que de compromettre la sûreté d'un seul citoyen d'ici à la fin des siècles, il ne faudrait pas la prononcer : car la vie d'un seul innocent est plus sacrée que celle de mille assassins à qui la société ne fait pas d'injustice en les envoyant à l'échafaud.

Mais, la peine de mort étant hors de proportion avec toute autre, on ne doit la prononcer que contre ces attentats qui accusent la perversité la plus profonde, qui ébranlent la société dans ses fondements, qui font que tous les citoyens se regardent avec défiance, et qui couronnent en un mot l'échelle des actions criminelles [1].

§ IX.

De l'Interprétation des Lois pénales.

Si l'on pouvait compter sur des juges parfaitement éclairés et étrangers à toute passion, il n'y aurait pas

[1] Zachariæ (*Philosophische Rechtslehre*, p. 152) pense que la peine de mort n'est ni légitime ni illégitime; mais que la société,

lieu de distinguer, quant au pouvoir d'interprétation qui leur appartient, entre le droit civil et le droit criminel. Mais on est convenu avec raison que ce pouvoir était considérablement restreint dans l'application des lois pénales, et cela par les deux motifs principaux que voici :

Au criminel, les intérêts mis en jeu sont infiniment plus graves qu'au civil, puisqu'il y va quelquefois de la vie, presque toujours de l'honneur des personnes.

Dans les procès civils, ce que perd l'un des plaideurs est acquis à l'autre; mais des deux parts l'intérêt est également sacré. Il n'en est pas de même dans les procès criminels, qui s'agitent entre un seul individu d'un côté, et toute la société de l'autre. Il vaut donc mieux, dans le doute, faire pencher la balance en faveur du premier, qui court un plus grand risque.

De là la règle que, dans les matières criminelles, on ne peut pas suppléer au silence de la loi, qualifier des crimes par analogie, ni argumenter d'un cas exprimé à un cas non exprimé.

Dans le projet de Code civil, au livre préliminaire *du Droit et des Lois*, existaient deux articles ainsi conçus :

en tuant un criminel, agit d'après le même principe qui fait que, lorsque deux naufragés se disputent une planche qui ne peut les soutenir tous deux, l'un assomme l'autre pour lui faire lâcher prise. Cette doctrine ne paraît pas sérieuse : car il en résulterait que, si le condamné en avait le pouvoir, il agirait légitimement en détruisant la société, ou en tuant le bourreau pour sauver sa vie.

« Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus, dans le silence de la loi positive. »

« Dans les matières criminelles, le juge ne peut en aucun cas suppléer la loi [1]. »

Ces articles furent retranchés avec tout le livre préliminaire du Code; mais le principe n'en a pas moins survécu, de l'aveu de tous les criminalistes.

Le principe contraire, conservé seulement dans un petit nombre de législations, prête, par sa flexibilité, à un arbitraire dangereux qui n'est jamais plus à craindre que quand il s'exerce sur la vie, sur l'honneur et sur la liberté des citoyens [2].

§ X.

Du Droit de Grace.

On appelle droit de grace le droit appartenant au souverain d'adoucir ou même de remettre entièrement au condamné la peine prononcée contre lui.

Plusieurs philosophes des temps modernes, ap-

[1] *Projet de Code civil*, rédigé par MM. Portalis, Malleville, Bigot-Préameneu et Tronchet, liv. I, tit. 5, art. 11 et 13.

[2] On est péniblement affecté lorsque, en lisant les criminalistes espagnols, on voit revenir si fréquemment cette clause, que la loi prononce telle peine, mais qu'il est d'usage que le juge en applique une autre arbitraire, quelquefois plus grave. (V. Asso y Manuel, tom. II, p. 173 et *passim*.)

partenant à des écoles opposées, se sont réunis pour attaquer le droit de grace comme contraire à la raison, quoiqu'ils l'aient fait par des arguments très-divers.

Les uns, ne voyant dans l'exercice du droit de punir qu'une expiation de justice absolue, ou ne considérant la société que comme prenant en main la vengeance de la partie lésée, en ont conclu que le souverain ne devait point pouvoir gracier, ou que du moins il ne le pouvait qu'à l'égard des attentats dirigés contre lui, mais non à l'égard des crimes des sujets les uns envers les autres [1].

Beccaria, Filangieri, Pastoret, Bentham, ont aussi élevé contre le droit de grace des objections qui peuvent se réduire au dilemme suivant :

Ou bien les lois pénales sont justes et prudentes, ou elles ne le sont pas. Si elles le sont, elles doivent être exécutées. Si elles ne le sont pas, il faut les corriger ; mais il ne faut pas laisser faire le mal avec l'espérance d'obtenir grace ensuite.

On me pardonnera de traduire ici la réponse de Romagnosi à ce raisonnement, parce qu'elle rend ma pensée mieux que je ne saurais le faire :

« A ce dilemme, dit le professeur italien, j'en » oppose un autre. Vous voulez que l'œuvre des lois » soit celle d'un Dieu ou celle d'un homme. Si vous » voulez que ce soit l'œuvre d'un Dieu, nos préceptes » sont inutiles, et nos discussions superflues. Mais si » vous les considérez comme l'œuvre de l'homme,

[1] Kant, *Métaphysique des Mœurs*, p. 210, trad. Tissot.

» vous ne pouvez les soustraire aux imperfections
» attachées à la faiblesse humaine.

» Ce n'est pas tout : les lois ne peuvent et ne doi-
» vent statuer qu'en général, et pour le commun des
» cas. Dans le système pénal, cela est surtout de de-
» voir rigoureux. Donc, tout en prévoyant qu'il peut
» arriver des circonstances où il sera juste de miti-
» ger ou de remettre la peine, le législateur n'en doit
» pas moins statuer suivant l'exigence commune,
» se réservant de pourvoir aux exceptions en con-
» naissance de cause.

» Ainsi, même en supposant le meilleur système
» possible de législation humaine, il peut se rencon-
» trer des cas où il y aurait cruauté à prononcer la
» peine ordinaire.

» S'il n'y avait plus lieu au pardon, l'humanité
» d'une nation élèverait un cri d'indignation et de
» douleur qui ferait repentir le gouvernement de
» s'être fermé à lui-même la voie de la générosité et
» de la clémence [1]. »

Ajoutons à cela qu'une iniquité, même involontaire, peut être supposée dans la reddition de la justice; que la société n'est pas tenue de punir tout ce qui est mal, mais seulement de le faire en tant qu'elle le juge utile au bien général; qu'il peut arriver que l'application d'une certaine peine soit, dans certains cas, plus dangereuse qu'utile : et l'on se convaincra que le droit de grace n'est pas seulement convenable, mais qu'il est nécessaire.

[1] ROMAGNOSI, *Genesi del Diritto penale*, n° 1148.

Distinguons seulement ce droit de l'abus qu'on en peut faire, abus qui serait éminemment propre à énerver l'action des lois. Ecoutons encore ici les sages paroles de Romagnosi :

« Loin que le droit de grace affaiblisse la crainte » tutélaire de la peine, il en garantit la juste appli- » cation. Mais quand on parle de droit, on ne parle » pas d'arbitraire. Quand on parle de droit, on ne » parle pas de dérogation, mais de supplément à la » législation. Quand on parle de droit, on ne parle » pas de privilége, mais d'une modération éclairée. » Quand on parle de droit, enfin, on ne parle pas d'une » impunité réelle, mais d'une humanité juste et né- » cessaire[1]. »

CHAPITRE VII.

Du Droit civil.

Le droit privé offre à l'intelligence un développement moins riche que le droit public. Mais quand même il serait vrai, comme le disait Vattel, que « le droit des gens est autant au-dessus du droit civil,

[1] *Ibid.*, n° 1152. — Quelques personnes éclairées ont pensé qu'il serait du moins utile de restreindre le droit de grace, et, par exemple, de le supprimer dans le cas où les juges auraient appliqué le *maximum* de la peine, montrant assez par-là que l'agent ne méritait aucune compassion.

dans son importance, que les démarches des nations surpassent dans leurs conséquences celles des particuliers [1], » il est vrai également que si l'on multipliait l'importance des lois civiles par la fréquence de leur application, ce serait sans doute du côté de ces dernières que devrait pencher la balance.

Le droit civil, qui règle l'état de famille en y rattachant la distinction du mien et du tien, est celui qui, sans faste et sans éclat, mais par son action continue, peut faire le plus pour le bonheur de la société.

L'objet du droit civil est d'abord de déterminer l'état des hommes comme pères, comme fils, comme époux, ainsi que les droits généraux qui leur appartiennent à raison de ces divers états.

Il règle ensuite, indépendamment de leur position sociale, leurs intérêts pécuniaires, dérivant soit des contrats, soit des successions, soit de tout autre fait générateur d'un droit.

En général, le droit civil ne règle que les relations domestiques des citoyens entre eux, sans qu'on doive conclure de là que certaines institutions qui en dépendent ne pourront point en même temps se rapporter au droit public, ainsi que la remarque en a été faite plus haut, si ces institutions intéressent tellement l'ordre général, que la société doive faire obstacle à ce qu'il y soit dérogé en aucune occasion, même du consentement commun des parties.

[1] Vattel, préface du *Droit des Gens.*

On est beaucoup plus d'accord sur les principes généraux du droit civil que sur ceux du droit politique. Il est aussi beaucoup plus facile de les déterminer d'une manière stable, parce que l'état des lumières, les mœurs et les circonstances du climat, ont moins d'influence sur le règlement des intérêts pécuniaires que sur le gouvernement. On verra cependant, dans la seconde partie de cet ouvrage, que les règles du droit civil ont beaucoup varié, et que, sous plusieurs rapports, elles ne sont pas encore arrivées à leur point de perfection.

Je n'insisterai pas davantage ici sur cette matière, à laquelle se rapportera plus spécialement le second volume de cet ouvrage.

CHAPITRE VIII.

Du Droit commercial.

Le commerce est l'art de spéculer. Il comprend en général les opérations d'achat et de revente, de banque, de commission ou de courtage, les entreprises de transport par terre ou par eau, et les spéculations manufacturières. Ceux qui se livrent habituellement à ces opérations ont le caractère de commerçants.

Philosophiquement parlant, rien ne constitue un droit distinct dans tous ces actes qui s'accomplissent

par des contrats rentrant entièrement dans le droit civil. Aussi, chez tous les peuples anciens, ne voit-on pas que le droit commercial ait conquis une place à part dans la législation. Mais ce que la logique des législateurs n'avait pas fait, la coutume l'opéra d'elle-même au moyen âge, en même temps que le négoce prenait cet essor auquel est due la physionomie des sociétés modernes. Les marchands, qui n'avaient point étudié le droit, inventèrent de nouveaux contrats, imaginèrent des simplifications et des garanties qui forment encore aujourd'hui ce qu'on appelle le droit commercial.

Ce droit est le plus coutumier de tous. La loi n'y a rien ajouté; et l'on peut croire, avec un esprit ingénieux qui en a sondé les origines [1], que toutes les fois qu'elle a voulu modifier les anciens usages, les commerçants ont rarement eu à s'applaudir de ses innovations.

Quoi qu'il en soit, le droit civil doit être considéré comme la base du droit commercial, qui ne se compose que d'un certain nombre d'exceptions aux règles ordinaires. Nous jetterons un coup d'œil rapide sur ces exceptions, dont l'esprit est en général de hâter la conclusion des procès, de diminuer les frais, de simplifier les preuves, d'accorder plus à la bonne foi qu'à la subtilité des principes, et de faciliter la transmission des valeurs.

Le commerce est né en Italie. On y voit fleurir dès

[1] M. Fremery, dans ses *Etudes de Droit commercial*. Paris, 1833.

le XII[e] siècle presque toutes les institutions commerciales, notamment la juridiction des consuls des marchands, juges élus par leurs pairs pour rendre la justice en des matières dont ils avaient la connaissance spéciale. Ailleurs, ce sont les *cours des pieds-poudreux* qui statuent sur les contestations nées en foire [1]. La juridiction consulaire a été conservée sous le nom de tribunaux de commerce. Elle paraîtrait avoir eu pour but, dans l'origine, de soustraire les négociants aux exactions de toutes sortes que se permettaient autrefois les juges locaux et seigneuriaux. Sous ce rapport, elle aurait survécu aux motifs de son institution. On ne peut guère croire à la nécessité de cette justice exceptionnelle, quand on pense que, dans les pays les plus commerçants, tels que l'Angleterre, elle n'est pas connue, et que, même chez nous, les appels des tribunaux consulaires sont portés devant les cours royales.

La procédure des tribunaux de commerce est plus simple que celle des tribunaux civils. On n'y plaide point par avoué; mais les parties, qui ont seulement la faculté de se faire représenter par des avocats ou par des agréés, peuvent comparaître en personne. La preuve testimoniale, celle résultant des livres de commerce et des correspondances, est recevable, à quelque somme que s'élève le litige. Enfin, les jugements de ces tribunaux emportent de droit commun la contrainte par corps contre la partie qui succombe.

[1] GRIMM, *Rechtsalterthümer*, p. 838.

Après avoir déterminé l'organisation des tribunaux de commerce, l'objet du droit commercial est de fixer les caractères des actes commerciaux et des personnes commerçantes, soit pour arriver à juger la compétence, soit pour connaître certains droits des commerçants entre eux ou des commerçants à l'égard des tiers.

Le contrat de société, connu de tout temps, mais auquel le commerce a imprimé un nouveau caractère, appelle ensuite l'attention. La société commerciale est devenue un être moral, distinct de la personne des associés, en sorte qu'elle a un patrimoine propre sur lequel ses créanciers se paient préférablement à ceux de chaque associé. On en reconnaît trois espèces principales : la société en nom collectif, la société en commandite, et la société anonyme. Les deux dernières, qui offrent aux actionnaires l'avantage de ne rien exposer en sus de leur mise de fonds, seraient, par la réunion des capitaux épars, le lévier le plus puissant de l'industrie. Malheureusement, elles ont été l'occasion de déceptions si scandaleuses, que la confiance du public s'en est beaucoup retirée.

Le commerce opérant à de grandes distances et déplaçant d'immenses capitaux, il fallait un lien entre les négociants des divers pays. Ce lien, ils l'inventèrent dès qu'ils en sentirent le besoin. Ce fut la lettre de change, par laquelle on transporta de place en place les sommes les plus considérables, sans déranger un écu. Toutefois, à son origine, la lettre de

change était personnelle, c'est-à-dire qu'elle ne devait être payée qu'à celui au profit de qui elle était nominativement tirée[1]. La clause *à l'ordre*, qui ne tarda pas à y être ajoutée, résolut le problème de faire de l'argent un fluide impondérable, toujours en mouvement sur la surface du globe. Elle devint ainsi l'un des instruments qui contribuèrent le plus aux développements gigantesques du négoce.

On a défini le commerce, l'art d'acheter 2 ce qui vaut 4, et de vendre 4 ce qui vaut 2. En fait, le contraire arrive souvent. Lorsqu'un négociant succombe sous des spéculations malheureuses, ses créanciers viennent se disputer les débris de son patrimoine. Alors s'ouvre la période de la *faillite*, triste dénouement de bien des carrières commencées dans la splendeur. Activer le plus possible la liquidation de l'avoir du failli; lui ménager, quand il n'est que malheureux, les moyens de sauver sa considération par un concordat avec ses créanciers; lorsque cela n'est pas possible, diminuer au moins les frais et les lenteurs, et empêcher le résidu de la fortune de se perdre sur les mille écueils des formalités judiciaires: tel est le but qu'on s'est proposé en traçant les règles

[1] J'emprunte à M. Mittermayer (*Principes du Droit commun privé*, § 319) le texte de la plus ancienne lettre de change connue. Elle est datée de Milan, le 9 mars 1325, et ne contient point la clause *à l'ordre*: *Pagate per questa prima litera, a di* IX *ottobre, a Luca de Goro lib.* XLV. *Sono per la valuta qui da Masco-Reno. Al tempo li pagate e ponete a mio conto e R. che Christo ve guarde.* Bonromeo de Bonromei *de Milano,* IX *de marzo* 1325.

des faillites, l'un des objets majeurs du droit commercial dans tous les pays.

Enfin, dans les villes qu'enrichit le commerce de la mer, une partie du droit commercial qui prend une importance considérable, est le droit maritime, comprenant les relations des armateurs, des chargeurs, et des capitaines de navires. On fait rentrer dans ce droit les chartes-parties ou affrètements, qui sont le louage des navires; les contrats à la grosse, espèce de prêt aléatoire où le prêteur subit la chance des périls de la mer; les assurances, qui se définissent d'elles-mêmes; la responsabilité des avaries par gros temps ou par abordage; les principes du jet et de la contribution, lorsque, dans l'imminence d'un sinistre, on a dû jeter à la mer les marchandises formant la charge du bâtiment. Le droit maritime détermine aussi les droits et les devoirs du capitaine dans le cours de la navigation, les limites dans lesquelles il peut engager ses mandants, et enfin la procédure à suivre pour saisir et mettre en vente un navire, ainsi que les priviléges particuliers établis en faveur de certaines personnes sur le prix qui en est retiré.

De toutes les parties du droit privé, il n'en est pas qui ait autant de relations avec le droit des gens que le droit commercial, et surtout le droit maritime, à cause des fréquents rapports internationaux qu'il suppose. Il serait à désirer qu'il s'établît chez tous les peuples commerçants de l'Europe un droit uniforme, qui ferait disparaître les innombrables diffi-

cultés qui s'élèvent pour savoir quelle loi doit être appliquée dans les cas de recours pour contrat de change, d'assurance, et autres analogues, lorsque les parties, quelquefois en grand nombre, ne sont pas du même pays.

CHAPITRE IX.

Du Droit de la Procédure.

Le droit de la procédure est celui qui effraie le plus les gens du monde, toujours choqués de la maxime que *la forme emporte le fond.* La justice patriarchale leur paraît préférable aux lenteurs de la justice civilisée, et ils en sont toujours au reproche que Menenius adressait aux tribuns du peuple[1]. Sans nier que notre organisation judiciaire ne puisse recevoir des améliorations, le plus simple examen suffit pour démontrer la nécessité d'une procédure afin d'exclure l'arbitraire, d'assurer la bonne instruction des affaires, et d'éloigner la précipitation des jugements.

[1] Dans Shakespeare, Menenius reproche aux tribuns « de passer une après-midi à écouter le plaidoyer d'une marchande de citrons contre une marchande d'allumettes, et de remettre à une seconde audience la décision de ce procès important. (CORIOLAN, act. II, sc. I.)

« Il serait désirable sans doute, a dit un professeur distingué, qu'on pût retrancher les procédures, ou les réduire à la seule comparution des parties devant le juge pour expliquer leur différend et recevoir la décision.

» Mais cette théorie ne peut être appliquée qu'à un pays pauvre, rétréci, où les relations sont peu multipliées et peu actives, ou les mots d'industrie et de commerce sont à peine connus. Les procès doivent y être simples et rares.

» Encore faut-il supposer que l'esprit humain y sera toujours docile à porter le joug de la règle, et que la vigilance du législateur n'aura pas besoin de le suivre dans mille détours; que les parties appelées devant le juge ne manqueront pas de se présenter; que les moyens seront bien déduits de part et d'autre; que les témoins seront incorruptibles; que les juges, toujours éclairés, toujours irrécusables, poseront d'eux-mêmes des limites à leur autorité; que l'on s'en rapportera, pour l'exécution de la sentence, à la sagesse de celui qui aura gagné son procès et à la soumission de celui qui l'aura perdu.

» Cette sorte d'utopie ressemble aux fables dont les vieux livres sont remplis sur la perfection de la justice chez les anciens, et que beaucoup de gens prennent pour des vérités historiques.

» On répète encore de bonne foi, d'après Diodore de Sicile, qu'en Egypte on ne connaissait point de *légistes*, que toutes les affaires y étaient traitées par écrit, et que les parties étaient obligées de rédiger

elles-mêmes leurs actes et leurs mémoires; que, la cause étant instruite et les juges ayant suffisamment lu et délibéré, les portes du tribunal s'ouvraient; que le président avait un collier d'or auquel était attachée une petite figure enrichie de pierres précieuses, symbole de la justice ou de la vérité; et que, sans proférer une parole, il tournait la petite figure du côté de celui qui avait gagné son procès.

» Il faut remarquer d'abord que cette justice muette devait être fort embarrassée lorsque l'une des parties n'obtenait pas gain de cause en entier, et que la sentence contenait soit des restrictions, soit des conditions.

» Mais il est surtout difficile d'admettre qu'il fut un temps où les habitants de l'Egypte savaient tous écrire, et où ils étaient tous assez initiés dans la science des lois pour composer eux-mêmes leurs demandes et leurs défenses.

» C'est ainsi que de beaux esprits qui se servent plus de leur mémoire que de leur raison, et qui transcrivent plus qu'ils n'examinent, se soumettent à payer aux conteurs de l'antiquité le tribut d'une frivole crédulité, pour acquérir le droit de critiquer un ordre de choses dont ils ne connaissent pas l'utilité, parce qu'ils ont dédaigné de s'en instruire[1]. »

Ce serait donc une chimère, que de rêver des tribunaux sans procédure. Si l'on voulait embrasser tout le cercle de cette science, il serait considérable,

[1] Boncenne, *Introduction à la Théorie de la Procéd. civ.*, p. 5.

et d'abord il faudrait distinguer la procédure extra-judiciaire de la procédure judiciaire. La première comprendrait tout ce qui concerne les actes autres que ceux destinés à l'instruction des affaires litigieuses, l'art de dresser les actes notariés ou ceux de l'état civil, les formes à suivre pour réaliser les inscriptions hypothécaires ou pour en obtenir la main-levée, pour parvenir à l'aliénation des biens des communes, et pour cent autres affaires de ce genre. Mais ce droit, qui s'apprend avant tout par la pratique, aurait pu difficilement faire l'objet d'un cours. L'enseignement de la procédure ne s'entend que de la procédure judiciaire.

§ I.

De la Procédure judiciaire.

Le but de la procédure est en général d'obtenir que personne ne soit jugé sans être entendu, que les juges ne prononcent que quand la cause est suffisamment instruite, et qu'enfin le jugement une fois rendu soit mis à exécution.

Dans ce but, la procédure doit d'abord déterminer la forme des ajournements, c'est-à-dire la manière de citer une personne en justice, de sorte qu'elle soit censée avoir connaissance de la prétention élevée contre elle. Il faut apprendre en même temps devant quel tribunal le défendeur devra être

appelé : et par-là une vue très-variée s'ouvre sur le droit civil, et même sur le droit public, puisqu'il est impossible de fixer la compétence du juge sans étudier la nature intime des diverses actions ainsi que l'organisation et la hiérarchie des tribunaux institués. Nous reviendrons tout-à-l'heure sur ces questions, qui trouveront ici naturellement leur place.

On passe ensuite à l'instruction des affaires, aux délibérés, aux enquêtes. Une tentative peut être faite pour surprendre la religion des juges par un acte supposé ; il y a des règles pour s'inscrire en faux contre les actes. Quand la lumière a jailli de la procédure et des plaidoieries, la procédure indique les règles d'après lesquelles le jugement se formera.

Ce jugement peut être mal rendu; certains vices peuvent l'infecter. De là, la nécessité d'ouvrir aux intéressés des voies de réformation qui concilient la sauvegarde des intérêts privés avec le respect dû à la Justice. Les voies contre les jugements sont de deux sortes, les unes ordinaires, les autres extraordinaires. Les voies ordinaires sont l'opposition quand le jugement est par défaut, l'appel quand il est contradictoire. On compte parmi les voies extraordinaires la cassation, la requête civile, la tierce opposition.

Enfin, quand le jugement est devenu inattaquable, la dernière période de la procédure consiste à l'exécuter. C'est ici que surgissent d'autres difficultés qui seront souvent le point de départ de procès nouveaux, tant la loi a multiplié les formes pour ga-

rantir que les biens d'un homme ne lui seront pas enlevés légèrement ou vendus au-dessous de leur valeur. Les voies d'exécution sont ou contre la personne, ou contre les biens. On n'appréhende la personne que dans les cas exceptionnels où la loi autorise la contrainte par corps. Les voies contre les biens sont les saisies, qui se sous-distinguent en saisies mobilières, saisies immobilières, saisies-arrêts, saisies-gageries, et quelques autres encore.

Dans cet exposé, où je n'ai voulu que tracer le cadre de la science de la procédure, je ne l'ai envisagée que dans ses rapports civils. Au criminel, elle a encore un autre but, qui est non-seulement d'accorder toute garantie au prévenu, mais aussi de rassurer en général les citoyens contre la possibilité d'une condamnation et même d'une poursuite arbitraire.

Ici l'on a d'autant plus besoin des garanties de la procédure, que l'on est obligé, dans les matières criminelles, de se contenter de preuves moins rigoureuses qu'au civil. Les présomptions et la déposition des témoins sont, dans le plus grand nombre des cas, le seul moyen de conviction que l'on doive raisonnablement attendre, ceux qui se livrent au crime n'en fournissant pas la preuve écrite contre eux-mêmes.

La publicité des débats, que la Charte consacre en matière criminelle, et la nomination d'office d'un défenseur à l'accusé quand il n'en a pas dési-

gné, rendent au surplus impossible de sacrifier un homme sur de vains prétextes ou d'étouffer sa défense.

§ II.

De l'Organisation judiciaire.

J'ai cru que c'était ici le lieu de placer quelques mots sur l'organisation judiciaire, si importante pour la paix des familles et pour la bonne administration de la justice.

Un des points fondamentaux du droit public des Français, est qu'ils ne peuvent jamais être distraits de leurs juges naturels. L'histoire montre, en effet, qu'il y a deux armes plus particulièrement dangereuses pour la liberté dans la main du pouvoir : le droit de créer des crimes, et le droit de créer des juges.

Les juges naturels des Français sont, pour les causes de grand criminel, le jury ; et pour les causes de petit criminel et les affaires civiles, les tribunaux ordinaires, composés, dans l'ordre hiérarchique, 1° des juges de paix ; 2° des tribunaux de première instance ; 3° des cours royales ; 4° de la cour de cassation.

Sans nous occuper ici des règles de compétence de ces divers tribunaux, il y a des principes généraux, base de leur organisation et de la reddition de la justice, qu'il est bon de faire connaître, en remarquant qu'ils ne s'appliquent pas tous aux juges de paix, soumis à plusieurs égards à un régime exceptionnel.

Ces principes généraux peuvent ainsi se résumer :

1° *Inamovibilité des Magistrats.* — On a pensé avec raison qu'un juge dépendant ne serait pas un juge impartial. Cette garantie, passée en règle dans notre ancienne monarchie, n'est pas admise en général dans les républiques, où les magistrats sont élus par le peuple pour un temps donné, comme si la dépendance où ils sont de leurs électeurs ne pouvait pas fausser aussi la balance de la Justice.

2° *Pluralité des Juges.* — On a pensé qu'avec un tribunal composé de plusieurs membres, il y avait moins de chances d'erreur ou de corruption qu'avec un juge unique. Les passions, dont on ne peut pas toujours espérer l'absence, se font alors contre-poids les unes aux autres.

3° *Double Degré de Juridiction.* — Sauf quelques exceptions fondées sur l'intérêt minime du procès, tout plaideur mécontent a le droit de soumettre une seconde fois à un juge supérieur la cause déjà jugée par un tribunal inférieur. Ce principe de l'appel a pour but d'offrir une possibilité de revenir contre les erreurs qui auraient échappé au premier juge. Mais nous verrons plus bas qu'on en a contesté l'utilité.

4° *Gratuité de la Justice.* — Les places de judicatures ne sont plus achetées par les juges, et, par une conséquence naturelle, ils ne prélèvent plus sur les procès ce genre d'impôt connu autrefois sous le nom d'*épices*. Toutefois, la gratuité de la justice n'est pas encore une vérité : car, si les épices des juges sont abolies, il n'en est pas de même de celles des

avocats, des avoués et des huissiers, qui mettent encore souvent la justice à un prix auquel les pauvres ne peuvent atteindre.

5° *Publicité des Débats.* — La publicité des débats et l'instruction orale sont une des meilleures garanties d'une bonne justice, même au civil. Le juge traite l'écriture comme il veut; il la lit s'il veut. Mais il faut qu'il écoute la parole qui vient le chercher sur son siége, et qui l'éclaire malgré qu'il en ait. L'instruction par écrit, si elle est à meilleur compte, brusque les affaires, et ne garantit pas qu'elles ont été sérieusement examinées.

Telles sont les règles générales qui président chez nous à l'administration de la justice.

§ III.

Des Réformes proposées dans notre Organisation judiciaire.

Quoique les nations voisines nous envient notre organisation judiciaire, les esprits spéculatifs l'ont crue susceptible de perfectionnements essentiels, qui porteraient surtout sur la règle des deux degrés de juridiction, et sur le nombre de juges dont les tribunaux doivent être composés. L'appel, ont-ils dit, n'est qu'une occasion de frais et de lenteurs, puisqu'il n'y a pas plus de garanties de bien-jugé dans la sentence qui réforme que dans la sentence réformée. Il n'y en a pas plus, d'un autre côté, dans un tri-

bunal de trois ou de sept juges que dans un juge unique, pourvu que ce juge soit bien choisi. A cela on a joint l'idée d'introduire le jury dans les affaires civiles; et, il faut le dire, ces réformes se lient indivisiblement l'une à l'autre : car si l'on admet le jury au civil, il faut supprimer l'appel. Si l'on supprime l'appel, il faut que chaque tribunal présente aux justiciables toutes les garanties désirables de science et de lumières, résultat qui ne peut être atteint qu'avec le système du juge unique : car les hommes de science, d'expérience et de probité sont rares. Mais le juge unique lui-même ne se comprend qu'avec le jury statuant sur le fait, afin de ne pas tout abandonner au caprice d'un seul homme [1].

Ces réformes, qui peuvent sourire sur le papier, subiraient, je crois, une épreuve décisive dans la pratique aux dépens de ceux sur qui elles seraient essayées.

Je ne répèterai point ce que j'ai dit plus haut sur la pluralité des juges. Il est évident, pour tout esprit non prévenu, que si l'on peut composer un tribunal de plusieurs juges, il vaudra mieux qu'un tribunal d'un juge unique, parce qu'il présentera moins de chances de corruption, moins de chances de partialité, et que d'ailleurs les connaissances qui pourront

[1] On peut voir le pour et le contre sur ces questions dans les *Institutions judiciaires* de M. Meyer; dans Bentham (*Draught of a plan for the Organisation of a judicial Establishment in France*); dans Feuerbach (*Betrachtungen über die OEffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege*).

manquer à l'un se trouveront dans l'autre. On sait aussi combien les discussions qui s'élèvent dans la chambre du conseil font jaillir de clartés inattendues. Mais en laissant ce point de côté, je crois que le plus grand danger serait surtout dans cette pensée de l'application du jury aux causes civiles, que conservent encore quelques philosophes.

Je passerai sous silence la difficulté qu'il y aurait en fait à réunir le nombre de jurés nécessaire pour rendre la justice. Ceux qui sont obligés aujourd'hui de quitter leurs affaires pour venir au chef-lieu donner leur verdict au criminel, ne supportent cet impôt, trouvé bien lourd, que parce que c'est une dette à payer à la société. Mais que diraient-ils si on les dérangeait pour statuer sur les contestations plus ou moins frivoles qu'il pourrait plaire au premier bourgeois de susciter à son voisin?

En supposant même que cette institution soit acceptée sans résistance, elle n'est concevable qu'autant que le point de fait serait parfaitement séparé du point de droit. On avouera sans peine qu'un jury n'est bon qu'à condition de statuer sur un pur fait, parce qu'alors, quand tout se borne à savoir si telle chose s'est passée ou ne s'est pas passée, tous les hommes, par le simple bon sens, sont également aptes à donner une solution raisonnable. Au criminel, cette distinction du fait et du droit se présente presque toujours avec simplicité; au civil, presque jamais, surtout dans une législation qui, comme la nôtre, restreint la part de la preuve testimoniale, en exigeant

un écrit dans la grande majorité des cas. Aussi, chez nous, la question n'est-elle jamais de savoir si une vente, si un prêt à eu lieu, car l'acte est là qui le prouve, mais de savoir si l'acte est dans la forme, si les parties étaient capables de s'obliger, si la prescription n'est point encourue. Le fait, en un mot, est indissolublement mélangé au droit, et la manière de l'en dégager serait déjà le plus souvent l'occasion d'un procès préalable.

Permettrait-on d'attaquer le jugement qui poserait la question? Ce serait multiplier les délais et les procédures. Ne le permettrait-on qu'après la sentence définitive? Mais alors, s'il était reconnu que la question a été mal posée, il faudrait tout recommencer sur de nouvelles bases, et en attendant, les douze jurés auraient rendu leur verdict en pure perte.

Je ne vois pas, d'ailleurs, le grand inconvénient que l'on trouve à ce que les juges résolvent tout ensemble la question de fait et la question de droit. Les tiendrait-on en suspicion sur le fait, tandis que, pour la question de droit, l'on voudrait bien accepter leur décision, à cause de leurs connaissances spéciales? Mais ce serait du petit libéralisme. Passe encore au criminel, où, dans des causes qui intéressent la liberté des citoyens, on pourrait croire à l'influence des passions politiques et aux suggestions de l'autorité. Mais au civil ces influences sont peu à craindre. L'expérience, d'ailleurs, peut rassurer à cet égard : car, dans un siècle où l'on n'épargne pas les critiques à ceux qui les méritent, nous avons une magistra-

ture honorée, contre l'intégrité de laquelle il ne s'élève pas même un soupçon. Il y a plus : beaucoup de personnes, sans doute, aimeraient mieux soumettre leurs contestations à des magistrats qui motivent leurs arrêts et qui sont dominés par le respect du corps auquel ils appartiennent, qu'à douze citoyens souverains dans leur verdict, quoique inhabiles aux affaires, et qui rentrent ensuite dans la vie privée, sans emporter avec eux la moindre responsabilité.

Des auteurs ont proposé un système mixte qui consisterait à ne faire intervenir le jury que dans les questions de pur fait, là où la cause se réduit à ce point : Telle chose a-t-elle eu lieu ou n'a-t-elle pas eu lieu? et de plus, à le composer d'hommes spéciaux, en rapport par leur profession avec la nature du procès [1]. Il aurait fallu commencer par dire combien on établirait de catégories de professions, si les peintres seraient jugés par des peintres, les mathématiciens par des mathématiciens, et comment on ferait pour trouver des jurés en nombre suffisant. Ce système restreindrait d'ailleurs la compétence du jury a un petit nombre de questions, et ces questions seraient les plus minimes. On aurait donc dressé un appareil pompeux pour produire un bien mince résultat.

Mais, dit-on, cette institution fonctionne en Angleterre, où l'on soumet les procès civils comme les

[1] C'est à peu près le système proposé par M. Meyer (*Institutions judiciaires*, tom. v, p. 511).

procès criminels à un jury présidé par l'un des douze juges de l'échiquier.

Il me suffirait sans doute de répondre que nous avons peu de chose à envier à l'Angleterre sous aucun rapport, et rien sous le rapport du droit civil.

La législation anglaise est un chaos de principes discordants et surannés que les mille subterfuges de la pratique rendent à peine tolérables dans l'application. Le respect des vieilles formes y est un dogme politique. Si le jury n'y existait pas en matière civile, sans doute on ne l'inventerait pas aujourd'hui. Pourtant, il y répugne moins à l'ensemble de la législation qu'il ne le ferait à la nôtre, parce que chez les Anglais la preuve testimoniale est possible dans toutes les contestations. Le fait s'y détache du droit plus naturellement; et néanmoins la nécessité a conduit les Anglais à fausser l'institution du jury dans les affaires civiles, c'est-à-dire à détruire son omnipotence, à lui enlever son caractère de juge souverain. Son verdict peut être annullé par la cour pour un grand nombre de causes, notamment quand elle le juge ouvertement déraisonnable. Elle renvoie alors l'affaire devant un second jury, dont la décision peut encore être cassée. Voilà où l'Angleterre en est arrivée malgré son respect pour le jugement du pays. On peut estimer par ce fait si ceux qui nous le proposent comme un moyen de supprimer l'appel ne se repaissent pas d'illusions, à moins qu'ils ne croient trouver dans les jurés français plus de lumières et d'infaillibilité que dans ceux de l'Angleterre.

Que cette institution ait été naturelle dans les forêts de la Germanie, quand il n'y avait pas de tribunaux permanents et pas d'autre justice que le plaid des hommes libres; qu'on y trouve encore aujourd'hui des avantages au criminel : cela est possible; quoique, même au criminel, à mesure que le peuple cessera de regarder le pouvoir comme conspirant la ruine de ses libertés, les avantages du jury pâliront, pour laisser voir ses inconvénients, qui sont l'arbitraire, le manque de suite dans la dispensation de la justice, et la transition inévitable d'une sévérité occasionelle à une mansuétude peu justifiable. Je conçois même encore que des hommes éclairés aient voulu mettre cette institution partout, à une époque où l'on se berçait de toutes les illusions généreuses, en même temps qu'on ne cherchait qu'à fortifier contre le despotisme des libertés à peine conquises [1]. Mais continuer aujourd'hui à réclamer le jury dans les affaires civiles, ne serait qu'un anachronisme.

Cependant, ce serait peut-être aussi un excès d'optimisme que de regarder notre organisation judiciaire comme ne pouvant recevoir aucune amélioration.

Personne ne croira que notre procédure ne puisse

[1] En 1790, Duport et Sieyès proposaient d'admettre le principe du jury dans les matières civiles. Mais la sagesse de l'assemblée constituante repoussa cette innovation par le même décret du 30 avril 1790, qui attribua au jury la connaissance des crimes. Robespierre, qui avait appuyé le plan de Duport en 1789, le combattit en 1793 *comme une complication dangereuse et une charge inutile pour le peuple*. Bonne dissertation sur ce point dans Boncenne, *Théorie de la Procédure civile*, ch. x, p. 204.

pas encore se dégager de certaines formes qui n'ont guère d'autre but que de profiter aux officiers ministériels.

Le principe qu'aucun acte ne pourra être annullé à moins que son irrégularité n'ait causé réellement du préjudice à la partie qui l'attaque, tarirait la source de bien des contestations.

La faculté donnée au juge d'appel de condamner l'appelant à une amende arbitraire lorsque son recours ne paraîtrait formé que dans le but de gagner du temps, hâterait beaucoup aussi la conclusion des affaires.

Enfin, quoique la justice coûte moins cher en France que dans la plupart des autres pays, elle n'y est pas à la portée du pauvre, à qui cependant la société doit la justice par une obligation étroite, puisque c'est elle qui lui enlève la faculté qu'il aurait, dans l'état de nature, de poursuivre son droit par ses propres mains. Loin de là, elle prélève sur lui un lucre peu légitime par l'impôt de l'enregistrement et du timbre. On ne peut qu'applaudir à l'initiative qu'ont prise certains états en établissant des avocats des pauvres, et en déchargeant de tout droit fiscal ceux qui justifient de leur indigence[1]. Bien entendu qu'il conviendrait d'établir un conseil auquel seraient d'abord soumises les contestations pour voir si elles ont quelque chose de fondé, afin que la facilité de plaider accordée aux indigents ne les autorisât point à multiplier des plaintes inconsidérées.

[1] C'est ce qui a lieu en Hollande et en Sardaigne.

LIVRE QUATRIÈME.

TRANSITION

DU DROIT NATUREL AU DROIT ÉCRIT,

ET DES

SOURCES DU DROIT POSITIF.

SOMMAIRE DU LIVRE QUATRIÈME.

Transition du droit naturel au droit écrit. — Des lois en général. — De leurs diverses espèces : lois interprétatives et innovatives; lois prohibitives, impératives ou permissives; lois générales ou personnelles. — De la confection des lois. — De la promulgation des lois. — De la non-rétroactivité des lois. — Du cercle d'action des lois : statuts réels ou personnels. — De l'abrogation des lois. — Du style des lois. — De leur interprétation. — De la coutume. — De l'équité, et de l'autorité qui lui appartient. — De la doctrine. — De la jurisprudence. — Du système de codification et de non-codification. — De l'ordre des lois : méthodes de classification. — S'il est vrai que la science du droit attende une rénovation complète.

CHAPITRE PREMIER.

Transition du Droit naturel au Droit écrit.

Si les hommes étaient tous bons, éclairés et impartiaux, si du moins on pouvait se flatter de rencontrer ces qualités dans les juges qui terminent leurs différends, le droit de la raison suffirait seul, et il s'élèverait sans doute moins de dissentiments sur ses prescriptions qu'il ne s'en élève sur les règles promulguées par les législateurs.

Malheureusement, ce n'est qu'une chimère dont il ne faut pas se bercer. Les hommes, à qui leur conscience révèle les lois de la justice, les nieraient avec

mauvaise foi quand elles contrarieraient leur intérêt ou leurs passions. De là la nécessité de les formuler d'une manière précise; de là le droit écrit ou positif.

C'est la justice qui doit inspirer le droit positif; mais c'est le droit positif seul qui peut barrer les sentiers de traverse de la chicane, déjouer les calculs de la fraude, les sophismes de l'hypocrisie, et frayer le grand chemin du juste et de l'injuste à tous les intérêts qui veulent y marcher en sûreté.

Dans cette transformation du droit naturel, les résultats suivants se produisent, les uns recherchés par le législateur comme le but même qu'il se propose, les autres attachés à l'imperfection de toutes les choses humaines.

Les lois, revêtues d'une sanction, prennent plus de précision, de clarté; elles ne peuvent plus être déniées; celui qui les viole est frappé d'une punition.

Mais, d'un autre côté, l'imperfection même du langage dans lequel elles sont promulguées, suscite le doute, et engendre la science de l'interprétation, qui apparaît avec son cortége de subtilités, de distinctions, d'arguments *a pari* et *a contrario*. On invente l'art de peser les mots dans la balance, on décompose les particules, et on perd de vue le véritable droit. Tout le monde sait l'histoire de cet Anglais qui, ayant épousé trois femmes, fut absous parce que la loi ne défendait que d'en épouser deux.

Le législateur ne peut procéder que par des règles générales, dans l'impossibilité où il est de prévoir tous les cas particuliers avec les mille nuances de

fait qui les différencient. On ne peut attendre de lui que de poser des règles sages dans leurs résultats ordinaires; il n'est pas responsable des iniquités qu'elles pourront produire à l'aide de circonstances exceptionnelles.

De là la différence entre une action *légale* et une action *honnête*. La conformité d'une action à la loi n'empêche pas le jugement de la conscience : car la conscience juge les actions elles-mêmes, tandis que le droit ne détermine que les règles des actions.

Le droit positif est également forcé de prohiber beaucoup de choses naturellement licites, parce qu'il serait à craindre qu'elles ne devinssent une occasion de nuire ou de tromper. Il agit alors comme la police qui défend de porter certaines armes dangereuses, non pas que le port en soit coupable, mais parce que sa surveillance en serait rendue plus difficile. C'est sur ce principe que la loi rejette, dans une quantité de cas, la preuve testimoniale, à cause de ses inconvénients et de son peu de certitude, se privant quelquefois d'une lumière utile, mais évitant par-là plus souvent encore le danger de la corruption.

Mais quelque imperfection que présente le droit positif, il n'en est pas moins nécessaire. Il faut donc le respecter comme il est, et ne pas prétendre le réformer au gré des sentiments que chacun peut avoir touchant les lois naturelles, parce que ce serait rentrer dans l'arbitraire auquel ce droit a précisément eu pour objet de mettre un terme. Nous verrons seu-

lement plus bas jusqu'à quel point il est permis d'en tempérer les défauts par ce qu'on appelle l'équité.

Le droit positif se manifeste par des lois. Nous allons examiner ce qu'il faut entendre par-là.

CHAPITRE II.

Des Lois en général.

Montesquieu a défini le premier les lois, *des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*[1].

On a commenté cette définition, que les uns ont approuvée, que les autres ont combattue[2]. Elle est si large, qu'elle peut paraître juste ou fausse selon le point de vue auquel on se place. Dans tous les cas, elle serait plus vraie dans les sciences naturelles que dans la jurisprudence : car il y a peu de lois tellement nécessaires que le contraire doive être réputé impossible.

D'autres philosophes ont voulu distinguer les *lois* elles-mêmes de la *déclaration* qu'en fait le législateur. Ils n'accordent le nom de lois qu'aux principes de gouvernement résultant du climat d'un peuple, de sa constitution physique, de son commerce, du degré

1 Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. I, ch. 1.
2 V. Laferrière, *Cours de Droit public*, p. 6.

de ses connaissances. Les lois sont le produit fatal de ces conditions extérieures. Les décrets du législateur peuvent être conformes aux *lois*, ou y être contraires. Dans ce dernier cas, ce sont des chiffons sans valeur. Les auteurs qui adoptent ce langage, se moquent de ceux qui parlent de changer ou de brûler les lois d'un peuple : « c'est comme si l'on disait à un homme qui se plaindrait de sa laideur: Voulez-vous avoir une belle figure? brûlez votre portrait, et faites-en un autre. On peut brûler des livres; mais on ne peut pas plus brûler les lois d'un peuple, qu'on ne peut brûler ses passions, ses erreurs, ses préjugés [1]. »

Inutile d'appuyer d'avantage sur ces discussions, assez peu importantes pour le droit proprement dit. Nous nous contenterons de donner aux mots leur acception ordinaire, et nous appellerons loi : un statut obligatoire, émané d'une autorité compétente, qui ordonne, qui défend ou qui permet telle ou telle action.

Une loi se compose de deux parties essentielles, la *disposition* et la *sanction*. Par la disposition, la loi ordonne ou défend un fait. Par la sanction, elle prononce une peine contre celui qui contrevient à ce qu'elle ordonne. Dépourvue de sanction, la loi ne serait plus qu'un simple conseil, indigne de la majesté du législateur, à qui chacun resterait libre d'obéir ou de ne pas obéir. Mais quelquefois la sanction,

[1] Ch. Comte, *Traité de Législation*, liv. II, ch. 2.

pour n'être pas expresse, n'en est pas moins réelle, comme quand la loi statue que la succession du père appartient à ses enfants. Ici la sanction consiste dans le droit qu'auront les enfants de se faire restituer les biens par ceux qui s'en seraient emparés, même avec dommages-intérêts.

Il n'est pas sans difficulté de distinguer la *loi* proprement dite de divers autres statuts obligatoires aussi pour les citoyens ou pour une certaine classe d'entre eux. En France, le Roi a le pouvoir de rendre, pour l'exécution des lois, des *ordonnances* contenant souvent des dispositions très-importantes, lesquelles sont obligatoires dans toute l'étendue de l'état. Les maires prennent aussi des *arrêtés* de police auxquels les citoyens sont tenus de se conformer dans les limites de la commune. A envisager ceci logiquement, peut-être il faudrait dire que tout ce qui peut obliger les tribunaux, motiver une condamnation ou mettre en mouvement la force publique, est une loi. Les ordonnances et les arrêtés dont nous parlions seraient alors une espèce de loi. Seulement, comme le pouvoir législatif fonctionnant dans les hautes régions de l'état ne peut pas descendre à tous les détails, il délèguerait une partie de son autorité aux ministres et à d'autres officiers publics pour faire la loi dans des cas déterminés.

Dans la pratique, on ne donne en France le nom de loi qu'au statut émané du pouvoir législatif proprement dit, c'est-à-dire du Roi et des deux chambres.

Quant à la question de savoir dans quels cas une loi est nécessaire, dans quels cas une ordonnance peut suffire, c'est le droit positif seul qui peut l'apprendre[1]. Quelquefois même on exige une loi, ou plutôt une décision du pouvoir législatif dans la forme des lois, pour des matières spéciales qui n'ont aucun rapport avec la législation; comme quand on dit, par exemple, qu'il faut une loi pour autoriser une commune à vendre ses immeubles.

En nous restreignant aux lois proprement dites, il faut maintenant les envisager dans leurs diverses espèces.

CHAPITRE III.

Des diverses Espèces de Lois.

Je ne veux point parler ici des divisions qu'on a établies entre les lois d'après leur objet, comme lorsqu'on réunit ensemble toutes les lois qui prononcent des peines contre les délits, pour en former le droit pénal, ou toutes celles qui ont rapport au

[1] La Charte (art. 13) dit que le Roi *fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.* Mais, dans la pratique, il est souvent difficile de déterminer les limites des lois et des ordonnances.

commerce, pour en former le droit commercial : division dont il a été traité dans le livre précédent. Je n'entends envisager ici les classifications des lois que d'après leurs caractères généraux.

§ I.

Des Lois innovatives et interprétatives.

On appelle loi innovative celle qui introduit un nouveau droit.

On appelle loi interprétative celle qui ne fait que déclarer le sens d'une loi antérieure. *Ejus est interpretari, cujus est condere.* C'est le pouvoir législatif qui a le droit de déclarer par voie d'autorité comment telle ou telle loi obscure doit être entendue à l'avenir. Cette interprétation diffère beaucoup de celle qui est permise aux tribunaux dans la dispensation de la justice. L'interprétation donnée à la loi par les juges ne lie pas les autres tribunaux, et ne les lie pas eux-mêmes dans les autres causes semblables qui leur seront soumises ensuite ; au lieu que l'interprétation législative est obligatoire pour tous les juges et dans tous les procès jugés après la loi rendue.

La loi interprétative rétroagit au jour de la loi interprétée, en ce sens, que les contrats et les autres faits juridiques postérieurs à la première loi, mais antérieurs à la seconde, doivent pourtant être jugés d'après celle-ci, quoiqu'elle n'ait été décrétée que

depuis. Cela tient à ce que le législateur n'entend pas innover; il explique seulement ce qui était. Les deux lois ont le même principe, *elles s'incorporent ensemble, elles se placent dans le même berceau*[1].

Pour être exact, d'ailleurs, il ne faut pas parler ici de rétroactivité. Rétroagir, c'est enlever à quelqu'un des droits acquis. Or, tout l'effet des lois interprétatives est d'ordonner aux tribunaux de raisonner désormais dans un certain sens d'après une loi antérieure. Personne ne pensera que le plaideur dont la demande n'était pas même encore intentée, eût un droit acquis à ce que le tribunal raisonnât dans un sens plutôt que dans un autre, en lui appliquant la loi. Il n'y aurait injustice qu'autant que le législateur, sous prétexte d'interpréter la loi antérieure, en pervertirait la signification.

Mais s'il y avait eu jugement rendu dans le sens que n'a pas adopté le législateur, c'est alors que le jugement subsisterait malgré la loi interprétative rendue ensuite, parce qu'il y aurait un droit acquis que la loi ne peut pas détruire.

§ II.

Des Lois écrites et non écrites.

La division des lois écrites et non écrites comporte deux sens différents. Quelquefois on appelle lois écri-

[1] Expressions de M. Ph. Dupin dans son Rapport sur la Loi in-

tes celles qui ont été promulguées par une autorité investie du pouvoir de faire la loi, par opposition au droit non écrit résultant de la coutume. Je consacrerai plus bas un chapitre à la coutume considérée comme source du droit.

Enfin, on oppose aussi le droit écrit, dans le sens de droit positif, c'est-à-dire qui n'existerait pas sans une loi promulguée, au droit non écrit, dans le sens de droit naturel, de ce droit immuable, gravé par Dieu dans la conscience de tous les hommes, en sorte qu'il n'a pas besoin d'être décrété ou confirmé par le législateur pour être réputé obligatoire.

Quand même aucune loi n'aurait défendu le meurtre ou le vol, on sent que personne ne pourrait prétexter l'absence d'un texte pour s'attribuer le droit de tuer ou de voler.

§ III.

Des Lois impératives, prohibitives ou permissives.

La loi est impérative quand elle impose l'obligation de faire quelque chose. Telles sont les lois qui établissent des impôts; celle qui enjoint aux enfants de prester des aliments à leurs ascendants dans le besoin; celle qui ordonne aux notaires de faire enregistrer les actes qu'ils reçoivent, etc.

terprétative du 21 juin 1843, relative à la forme des actes notariés.

Les lois prohibitives sont celles qui défendent telle ou telle action. Le législateur ne fait pas ordinairement des lois pour défendre ce qui est déjà défendu par un droit naturel évident. On trouverait naïve la disposition qui ferait connaître aux citoyens qu'il n'est pas permis d'assassiner ou de commettre un adultère [1]. Mais la loi, en supposant ces actions prohibées comme illicites, peut déterminer la peine qui leur sera infligée. Enfin, elle interdit nécessairement un grand nombre d'actions relativement auxquelles le doute pourrait s'élever, ou même qui seraient licites dans le pur droit de la nature. C'est ce qui a lieu quand elle défend à l'homme de se marier avant un certain âge, de porter certaines armes dangereuses, de vendre certains poisons, etc.

Quant aux lois permissives, les philosophes en ont souvent contesté la réalité, en remarquant que de droit naturel tout ce qui n'est pas défendu est permis, en vertu de la liberté de l'homme : en sorte que, pour qu'une action soit autorisée, il n'y a pas besoin que la loi la permette, mais seulement qu'elle ne la défende pas. Quelque opinion que l'on se forme à ce sujet, il n'en est pas moins certain que beaucoup de lois sont permissives au moins quant à leur énoncé ;

[1] On peut faire un reproche analogue au Code suédois, dont l'art. 1 du titre *du Mariage* est ainsi conçu : « C'est à celui qui a le droit de disposer d'une fille qu'il faut la demander. Il est défendu de l'enlever en usant de fraude ou de violence. » Mais cela s'explique par l'ancienne coutume des peuples scandinaves d'enlever leurs fiancées les armes à la main.

et la nécessité de ces lois s'explique, soit parce qu'il peut s'élever des doutes sur la légitimité d'une action, soit parce qu'il peut y avoir lieu de faire une exception à un principe général prohibitif, ou de permettre une chose auparavant défendue.

Le caractère des lois permissives est de créer une simple faculté au profit d'une personne, laquelle, par conséquent, reste libre d'en user ou de ne pas en user.

§ IV.

Des Lois générales, locales et personnelles.

On appelle loi générale celle qui est obligatoire pour tous les citoyens, sur toute l'étendue du territoire.

Il y a aussi des lois locales, qui ne sont destinées à régir qu'une partie de ce territoire, soit une ou plusieurs provinces. C'est ce qui a lieu surtout pour ce droit non écrit qui résulte de la coutume. On a discuté lequel valait le mieux, ou que chaque province eût ses lois propres, ou qu'il y eût dans tout l'état une législation uniforme, question qui revient à celle de la codification ou de la non-codification, débattue entre d'illustres publicistes. Quoi qu'il en soit, la théorie de l'uniformité dans les lois prend tous les jours de l'ascendant. On ne doit pas s'en étonner, quand on réfléchit que cette uniformité tend à faciliter la reddition de la justice, et à diminuer les con-

testations au point de vue de l'intérêt privé, en même temps que, sous le rapport politique, elle cimente l'union des diverses parties de l'état, et leur donne cette cohésion qui, de membres épars, ne constitue qu'un seul peuple.

Enfin, on distingue encore des lois personnelles, qui ne sont faites que pour une certaine classe de personnes à qui elles confèrent un bénéfice. Ce sont ces lois que les Romains appelaient *privilegia*. On doit les multiplier le moins possible, afin de respecter l'égalité naturelle de tous les citoyens. Il est aussi de l'essence de ces privilèges, que le fait prévu soit de nature à se renouveler un certain nombre de fois [1].

CHAPITRE IV.

De la Confection des Lois [2].

La confection des lois est l'attribut le plus éminent du pouvoir social, dont la constitution varie chez les différents peuples.

[1] On peut citer aujourd'hui comme un privilége le droit qu'ont les pairs de France de n'être jugés en matière criminelle que par la cour des pairs, celui des membres du clergé d'être exempts des fonctions du jury, celui des évêques d'être traduits directement devant la cour royale en matière correctionnelle, comme les magistrats auxquels s'applique l'art. 479 du Code d'Inst. crim., etc.

[2] Il existe sur ce sujet un *Traité de la Confection des Lois* (Pa-

Nous avons vu plus haut qu'en France le pouvoir législatif réside dans le Roi et dans les deux chambres, dont l'accord commun fait la loi [1].

La proposition de la loi peut être faite soit par un ministre au nom du Roi, soit par tout membre des deux chambres. Quand la proposition émane d'un membre des deux chambres, le projet de loi doit d'abord être communiqué aux bureaux en séance secrète, et il n'en est donné lecture en séance publique qu'autant que les bureaux auraient cru devoir l'autoriser [2].

Cette formalité accomplie, la loi retourne dans les bureaux, qui nomment chacun un commissaire pour l'examiner et faire un rapport. Lorsque le rapporteur a donné connaissance à la chambre de son rapport, qui doit contenir l'avis motivé de la commission sur le principe du projet de loi et sur les amendements qu'elle juge convenable de proposer, la chambre doit fixer un jour pour la discussion de la loi en séance publique.

Tout membre de la chambre a le droit, dans le cours de la discussion, de faire la motion d'amendements au projet, quand même il s'agirait d'une loi

ris, 1839), de MM. Ph. Valette et Benat-Saint-Marcy. Cet ouvrage n'est qu'une analyse du règlement des deux chambres comparé avec les usages suivis par les assemblées délibérantes des pays étrangers.

[1] *Vid. supr.*, p. 352.

[2] Il suffit pour cela, soit dans l'une, soit dans l'autre des chambres, que la lecture soit autorisée par une minorité de trois bureaux. (*Traité de la Confection des Lois*, chap. 3, nº 4.)

proposée par la Couronne. Mais la chambre, pour éviter les surprises, use souvent de la faculté de suspendre son vote, en renvoyant à la commission l'examen des amendements qui surgissent inopinément dans le débat.

Quand la discussion a été close sur la loi en général, on passe à celle des articles en particulier. Chacun de ces articles, après nouvelle discussion, est adopté par assis et levé. Puis un second vote est nécessaire sur l'ensemble de la loi, qui doit être adoptée par la majorité absolue des suffrages, au vote par boules et par scrutin secret.

Quant au nombre de membres qui doivent être présents pour que le vote soit valable, l'usage des deux chambres n'est pas le même. Le règlement de la chambre des pairs fixe le *quorum* au tiers de ses membres, tandis que, d'après celui de la chambre élective, il faut la présence de la moitié des députés plus un [1].

Quand la loi a été adoptée par les deux chambres, elle revient au Roi pour recevoir sa sanction, qui n'est que son approbation définitive, élevant le projet de loi au rang de loi de l'état [2].

[1] On appelle *quorum*, en style parlementaire, le nombre de membres nécessaire pour délibérer. La Charte dit simplement (art. 16) que la loi doit être votée *par la majorité de chacune des deux chambres*. En Angleterre, la chambre des communes délibère à vingt membres, quoiqu'elle se compose de 658 représentants. Dans la chambre des pairs, on a conservé l'ancienne maxime *Tres faciunt capitulum*. Trois pairs peuvent faire une loi. (*Traité de la Confection des Lois*, p. 160 et suiv.)

[2] Comme le Code civil ne fut pas voté dans la forme ici expri-

La sanction peut paraître une condition inutile, au moins pour les lois dont la présentation vient de la couronne : car le consentement, dans les conventions, peut être valablement donné d'avance, et du moment qu'il y a une acceptation, ce consentement ne peut plus être retiré. Mais si l'on réfléchit que le projet de loi a pu recevoir dans les deux chambres des amendements plus ou moins considérables, on concevra la nécessité, dans beaucoup de cas, d'une nouvelle approbation royale. Il y a plus : quand même la loi aurait été adoptée sans aucune modification, il est encore utile de faire une dérogation à la règle générale des contrats, en réservant au Roi le droit de refuser sa sanction définitive, parce que les circonstances qui avaient motivé la présentation de la loi ont pu changer, et peut-être même la rendre dangereuse. Le Roi, placé au centre de tous les ressorts

mée, il sera utile d'indiquer comment se faisait la loi sous l'empire de la constitution de l'an VIII alors en vigueur. Le projet de loi était d'abord élaboré par la section de législation du conseil d'état, qui l'arrêtait provisoirement, puis soumis à l'assemblée générale du conseil d'état, qui l'adoptait après discussion, avec ou sans modification. Un orateur du gouvernement, pris dans la section de législation, portait ce projet de loi au corps législatif, au sein duquel il prononçait un discours pour développer l'esprit de la loi. Le corps législatif, avant de voter, devait renvoyer le projet au tribunat, qui exprimait son avis sur toutes les lois proposées. Le tribunat, après en avoir délibéré, retournait le projet, avec ses observations, en nommant un orateur, lequel prononçait un nouveau discours au corps législatif. Ce corps n'avait alors ni le droit de parler, ni celui de proposer des amendements. Il votait au scrutin secret, en adoptant la loi ou en la rejetant. La promulgation avait lieu dix jours après.

administratifs, est le plus à même de juger ces circonstances. C'est le même principe qui fait que, dans les conventions diplomatiques, un traité signé par des plénipotentiaires n'a de validité qu'autant qu'il a été ratifié par les souverains.

La sanction résulte de la signature du Roi et du contre-seing d'un ministre. Elle donne à la loi son caractère de loi obligatoire; mais elle ne la rend pas encore exécutoire, ce qui ne peut résulter que de la promulgation, comme on le dira dans le chapitre suivant [1].

La loi est obligatoire quand elle ne peut plus être abrogée que par une loi contraire. Elle impose alors au pouvoir exécutif l'obligation de la promulguer. Mais elle n'est exécutoire que quand elle a été portée à la connaissance du public par les moyens légaux.

Il serait bon que la constitution fixât le délai dans lequel la sanction devrait être donnée ou refusée, et dans lequel, en la supposant donnée, la promulgation devrait s'ensuivre. C'est au surplus, dans l'état actuel des choses, un cas de responsabilité ministérielle, le pouvoir exécutif étant toujours placé sous la surveillance des chambres, qui peuvent mettre les ministres en accusation quand ils abusent de leur autorité.

[1] Le Roi sanctionne ordinairement la loi par la formule suivante: « La présente loi, discutée, délibérée et adoptée par les chambres, *et sanctionnée par nous cejourd'hui, sera exécutée comme loi de l'état.* » S'il refuse sa sanction, il l'exprime par ces mots: *Le Roi avisera.*

CHAPITRE V.

De la Promulgation des Lois.

Un principe incontestable est que personne ne peut être tenu d'exécuter une loi qu'il ne connait pas. Ce n'est donc pas tout de la décréter, il faut encore la promulguer, c'est-à-dire la porter à la connaissance des citoyens.

Ce principe est si sage, qu'il s'applique même aux lois naturelles pures, bien qu'il soit d'usage de faire exception en ce qui les concerne. Mais si l'on y fait attention, cette exception n'est qu'apparente, car ces lois sont promulguées par la raison même qui parle à tout individu; et c'est pour cela que les insensés et les enfants n'y sont point soumis, ou du moins ne sont pas responsables quand ils les violent, cette espèce de promulgation n'ayant point eu lieu à leur égard.

Au surplus, nous ne parlons que des lois positives, qui ont aussi besoin d'une promulgation positive. Les moyens en sont variables; ceux qui porteront la loi à la connaissance du plus grand nombre seront ceux qui atteindront le mieux leur but.

Chez les anciens, la promulgation de la loi se faisait en la publiant à haute voix dans les lieux fré-



quentés ou en inscrivant son texte sur une muraille[1]. La découverte de l'imprimerie a fourni aux modernes un moyen nouveau de publicité, mieux approprié à notre civilisation et à nos sociétés étendues.

On a proposé de nos jours, comme moyen de promulgation, de faire insérer la loi dans les journaux, de la faire afficher dans les lieux publics, de la faire publier à son de trompe, de la faire lire en chaire à l'église, etc[2]. Tous ces moyens peuvent paraître plus ou moins bons ; mais ils seraient certainement préférables à celui actuellement en vigueur en France. D'après l'ordonnance du 27 novembre 1816, l'acte de promulgation consiste dans la réception du *numéro* du Bulletin des Lois par le ministre, qui constate l'instant de cette réception sur un registre, au moment ou le *numéro* contenant la loi lui arrive de l'imprimerie royale. Un jour après, la loi est exécutoire dans le chef-lieu du gouvernement, et elle le devient également dans les autres lieux du royaume, après un certain délai calculé sur la distance.

On voit que la présomption de notoriété est fondée sur un fait essentiellement secret, et dont l'époque précise ne peut pas même être prévue ; comme si l'on avait voulu transporter le système des fictions

[1] A Rome, la loi n'était obligatoire qu'après trois jours de marché (*post trinundinum*). On sait aussi que l'édit du préteur était inscrit sur une muraille blanchie (*in pariete dealbata*), d'où lui venait son nom d'*album prætoris*.

[2] La lecture publique en chaire et dans l'auditoire des tribunaux est encore aujourd'hui le mode de promulgation suivi dans plusieurs pays d'Allemagne.

dans une chose qui plus que toute autre aurait dû consister en fait.

Heureusement que dans la pratique l'inconvénient de ce système est tempéré par le soin qu'a le gouvernement de faire insérer la loi dans le *Moniteur*, et d'expédier immédiatement le numéro du Bulletin qui la contient à tous les tribunaux et à toutes les autorités de l'état [1].

Question.—On demande si la promulgation n'est pas censée faite pour ceux qui déclareraient expressément se référer, dans un acte, à une loi déjà sanctionnée, mais non encore exécutoire dans le lieu où cet acte est passé? — Il ne paraît pas douteux que si cette déclaration avait lieu dans un contrat, elle ne dût avoir pour effet de faire régler ce contrat d'après la loi nouvelle. Mais s'il s'agissait d'un fait d'ordre public, auquel une convention ne pouvait pas déroger, on déciderait autrement; comme si une loi réduisait le nombre des juges d'une cour d'assises, et qu'on eût jugé une affaire d'après le nouveau mode, le 1er janvier, à Dijon, quand la loi ne devait y devenir exécutoire que le lendemain.

[1] Le régime de la constitution de l'an VIII, qui dura jusqu'à la restauration, était préférable à celui pratiqué aujourd'hui. Alors le décret rendu par le corps législatif valait sanction. Pendant dix jours, la constitution permettait d'attaquer ce décret devant le sénat conservateur pour cause d'inconstitutionnalité, ce qui suspendait la promulgation. Le dixième jour, une expédition officielle transmise au ministre de la justice emportait promulgation. Ce système avait l'avantage qu'on pouvait prévoir d'avance l'instant où la loi serait obligatoire.

CHAPITRE VI.

De la Non-Rétroactivité des Lois.

La loi n'étant obligatoire qu'à partir de sa promulgation, il s'ensuit qu'elle ne peut sans injustice rétroagir sur le passé.

Si l'on veut se convaincre de la nécessité de ce principe, on n'a qu'à supposer un moment que la doctrine contraire soit en vigueur. Jamais les citoyens ne marcheront d'un pas assuré sur le terrain du droit; ils ne sauront qu'après coup si leurs actions sont licites ou criminelles. Le législateur s'introduirait par surprise sous le toit de chaque famille, pour annuller les conventions accomplies, et pour porter la perturbation dans tous les intérêts. La rétroactivité des lois ne serait qu'un système d'embûches et de spoliation.

Cependant, quelque sacré que soit ce principe, il ne veut point dire qu'aucune des suites prochaines ou éloignées d'un acte juridique ne pourra être réglée que par la loi existante au jour où cet acte a eu lieu. Personne qui ne sente que, si l'organisation judiciaire vient à être changée, on ne ressuscitera point les anciens tribunaux pour statuer sur les contrats passés sous le régime antérieur. Il est donc impos-

sible que la loi nouvelle ne renverse pas des attentes formées sous l'empire de la loi précédente.

Mais quelles seront ces attentes qu'elle pourra renverser? Quelles seront celles qu'elle devra au contraire respecter? Là est la grande difficulté de la matière.

Ce ne serait point la résoudre, que de distinguer, avec quelques auteurs, entre les attentes plus ou moins prochaines et les attentes plus ou moins éloignées : car il resterait de quoi disputer sur le degré.

D'autres ont proposé cette règle empruntée à la doctrine utilitaire : « Si le mal de détruire des espérances formées sous la loi ancienne est moindre que celui de conserver encore à cette loi, reconnue mauvaise, son préjudiciable empire, le législateur, qui presque toujours n'a que le choix des maux, ne doit point balancer à rendre immédiatement exécutoires les dispositions de la loi nouvelle [1]. » Mais en admettant même ce principe, le pas fait vers la solution de la difficulté ne serait pas très-grand, tant l'utilité peut être diversement comprise! D'ailleurs, il n'est pas clair que, même pour l'utilité du plus grand nombre, on puisse sans injustice faire rétroagir une loi contre un individu.

On est toujours ramené en définitive à l'ancienne distinction entre les simples espérances et les droits acquis. La loi peut troubler les espérances, c'est-à-dire ce qui n'est pas encore entré dans le patrimoine

[1] BLONDEAU, dans le tom. VII de la *Thémis*, p. 294.

de l'homme, ce que les chances du sort tiennent en suspens. Mais pour les droits acquis, elle doit les respecter; et par droits acquis j'entends ce qui est réalisé, de telle sorte que l'homme ne peut en être privé que de son consentement.

Ainsi, quand une propriété est transférée, quand une succession est dévolue, quand une promesse a été faite, même à terme ou conditionnellement, l'empire de la loi nouvelle ne s'étend point sur ce fait consommé.

Mais si une succession n'est point encore ouverte, l'espérance de la recueillir ne constitue pas un droit acquis pour l'héritier présomptif, qui pouvait encore en être privé par la volonté du testateur, par son propre prédécès, et par mille autres circonstances. On doit en conclure que la loi nouvelle peut détruire cette espérance très-incertaine, en changeant l'ordre de succession.

Un testament n'est un droit acquis pour personne, tant que le testateur existe. Aussi la capacité du testateur et du légataire, la quotité de biens dont il pouvait être disposé, ne doivent s'estimer que d'après la loi en vigueur au moment du décès.

Quelques jurisconsultes ont prétendu que, si un homme était majeur et qu'une loi nouvelle vînt retarder l'âge de majorité, elle ne le ferait pas rentrer en tutelle, parce qu'il y avait droit acquis pour lui d'être majeur. Cela paraît difficile à admettre : ce qui constitue l'état des personnes ne forme jamais un droit acquis, le législateur ayant toujours le pou-

voir de changer, de réglementer cet état, suivant l'exigence des circonstances. En Angleterre, la législation n'offre aucun moyen d'interdire les prodigues. En supposant qu'un bill du Parlement fût rendu à cet effet, dira-t-on qu'on ne pourrait pas l'appliquer aux prodigues existants, parce qu'ils auraient droit acquis de dilapider leur patrimoine? Cette question est la même au fond que celle que nous discutons : car quand la loi décide que l'homme ne sera majeur qu'à tel âge, elle décide par-là même qu'il sera interdit jusqu'à cet âge. Seulement, la loi qui le ferait rentrer en minorité ne porterait pas atteinte aux actes valablement faits par lui auparavant.

Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, s'appliquent à tous les procès formés postérieurement, encore que le principe de la demande fût antérieur. Ainsi, un tribunal de première instance jugera souverainement un litige rentrant dans sa compétence en dernier ressort d'après le droit actuel, encore que d'après la loi du moment du contrat il n'eût pu le juger qu'à charge d'appel.

Quant au droit criminel, la peine à infliger doit être celle du jour où le délit a été commis, ce qui est d'abord évident si la peine a été aggravée depuis. Lorsqu'au contraire elle a été adoucie, il n'y aurait point d'injustice à prononcer la peine la plus grave, puisque l'agent du crime s'y est exposé sciemment. Cependant notre Code pénal veut, dans ce cas, que l'on se contente d'appliquer la loi actuelle comme

plus douce; ce que l'on fonde sur ce principe, que, cette loi ayant paru depuis suffisante pour réprimer le crime, la société n'a pas besoin de prononcer une peine qu'elle a jugée hors de proportion avec le fait commis.

Je placerai ici une remarque qui n'a point été faite, quoiqu'elle me paraisse de nature à résoudre plusieurs difficultés. On a trop souvent confondu deux questions distinctes, à savoir, si la loi peut rétroagir, et si elle l'a voulu. Il peut arriver souvent que, dans un cas donné, la loi ait pu rétroagir sans injustice; mais il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on doive supposer que telle ait été l'intention du législateur. Je prendrai pour exemple le cas où la forme des testaments viendrait à être changée. Sans doute, comme cet acte n'est destiné à recevoir son effet qu'à la mort du testateur, la loi pourrait ordonner qu'il soit refait dans la forme nouvelle, sans blesser les droits de personne. Mais si elle ne l'a pas dit, on présumera qu'elle ne l'a pas voulu, parce que la forme, chose accessoire, n'est déterminée en général que par la loi du moment.

CHAPITRE VII.

Du Cercle d'Action des Lois. — Statuts réels et personnels[1].

Chaque souverain ne peut rendre des lois que dans les limites de son territoire; mais d'un autre côté, il est rationnel que toute personne qui se trouve dans les limites de ce territoire y soit soumise, fût-elle même étrangère, parce qu'elle n'a pu y entrer qu'à la charge tacite d'y respecter les lois établies. De là il paraît résulter que les juges de chaque état n'auront jamais à appliquer que le droit de cet état, quelle que soit la qualité des personnes intéressées

[1] Ouvrages sur la matière :

Dans notre ancien droit, FROLAND, *Mémoire concernant la Nature et la Qualité des Statuts*, Paris 1729;

BOULLENOIS, *Dissertation sur les Questions qui naissent de la Contrariété des Lois et des Coutumes*, Paris 1732;

BOUHIER, dans le 1er volume de ses *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, Dijon 1787;

Dans le droit moderne, FOELIX, *Traité du Droit international privé*, Paris 1843;

Et chez les nations étrangères, STORY, *Commentaries on the Conflict of laws foreign and domestic, etc.*, Boston 1841;

Rocco, *dell' Uso e Autorità delle Leggi del Regno delle Due Sicilie, considerate nelle Relazioni con le Persone e col Territorio degli Stranieri*, Napoli 1837.

SCHÆFFNER, *Entwicklung des internationalen Privatrechts.*

dans le différend; principe d'autant plus naturel, qu'on ne conçoit guère ces juges comme obligés d'appliquer des lois étrangères qu'ils ne sont pas même censés connaître.

Telle est aussi la règle générale; mais une hypothèse bien simple fera sentir la nécessité d'y apporter des exceptions.

Un Autrichien qui habitait momentanément la France, a formé un contrat avec un Français, puis il est rentré dans son pays sans l'avoir exécuté. Son créancier, obligé de le suivre pour obtenir justice, l'attaque devant les tribunaux autrichiens; mais la loi autrichienne et la loi française donnent à ce contrat des suites différentes. Est-ce la loi autrichienne qui devra être appliquée? Cela serait de toute injustice : car la convention avait été formée à l'abri et sous la foi de la loi française. C'est une convention française, qui doit être régie par des principes français.

Autre exemple : Notre Code ne permet pas la polygamie, admise par les Turcs. Est-ce qu'un Français pourra épouser plusieurs femmes, s'il réside en Turquie? et s'il en a des enfants, seront-ils légitimes en Turquie, et bâtards adultérins en France? Ou bien, que décider si ce Français, qui ne peut pas divorcer dans son pays, allait requérir le divorce devant des tribunaux étrangers ?

Ces questions et celles qui leur ressemblent ont donné naissance à l'une des théories les plus diffi-

ciles du droit : c'est la théorie connue sous le nom de théorie des statuts réels et personnels.

On appelle statut *réel* celui qui n'exerce son empire que dans les limites territoriales du souverain qui l'a rendu; on appelle statut *personnel* celui qui suit la personne des nationaux en quelque lieu qu'ils se trouvent.

La règle est le statut réel ; le statut personnel est l'exception. Deux causes peuvent faire qu'un tribunal soit ainsi obligé d'appliquer la loi d'un pays étranger. L'une de ces causes est de justice étroite; l'autre est seulement de convenance ou de convention.

La cause de justice étroite, c'est lorsque des contractants réglant des objets dont ils ont la disposition, s'en réfèrent expressément ou tacitement à une loi étrangère. On en a vu un exemple dans le cas de cet Autrichien qui fait une convention en France. C'est aussi par le même principe qu'on ne juge la validité d'un acte authentique que par la loi du pays où il a été passé. Dans tous ces cas, il y a lieu d'appliquer la loi étrangère, moins comme loi, que parce que les parties se la sont appropriée par un acte de volonté ou de nécessité.

L'autre cause, non pas de justice absolue, mais de convenance, qui peut donner aux lois une extension extra-territoriale, concerne les statuts qui déterminent l'état et la capacité des personnes. Ainsi, un Français, majeur à vingt-un ans, contractera valablement, même dans un pays où la majorité n'est ac-

quise qu'à vingt-cinq. Par la même raison, les tribunaux étrangers ne l'admettraient point à divorcer, quoique le divorce fût possible d'après la loi de leur pays. Mais ici, ce qui le fait décider de la sorte, ce n'est plus un *dictamen* de la raison, c'est plutôt une concession de souverain à souverain. Sans doute, puisque chacun est maître chez lui, on ne pourrait pas taxer d'injustice le Code qui repousserait tout-à-fait le système du statut personnel. Mais ce système entraînerait des rétorsions de la part des autres peuples : le même homme se trouverait marié en trois ou quatre lieux différents; ses enfants seraient légitimes ici, et bâtards un peu plus loin; le même sort attendrait les contrats qu'il aurait formés. On a pensé que l'uniformité valait mieux, et dès-lors il était naturel de prendre pour base de la capacité personnelle de l'individu la loi de son origine; d'autant plus que le système contraire aurait donné à l'homme trop de facilité pour échapper à toute règle, puisqu'il lui aurait suffi pour cela de passer momentanément la frontière.

Mais, hors ces deux cas, statut de capacité personnelle, convention expresse ou tacite des parties, toute autre loi sera un statut réel, comme je l'ai dit, ce qui comprendra notamment :

1° *Les lois de procédure, de forme des actes*, etc. Pour toutes les choses de forme ou d'étiquette judiciaire, on ne peut suivre que la loi locale. C'est la maxime *Locus regit actum,* qui s'applique même aux étrangers.

2° *Les lois de police*, comprenant tout le droit pé-

nal : car quiconque met le pied sur un territoire, s'engage à s'y bien comporter, à y respecter l'ordre établi, ou à subir les peines portées contre les délits qu'il commettrait; autrement, il aurait un privilége sur les nationaux pour faire le mal.

3° *Les lois des contrats.* Toute convention formée dans un lieu est censée formée sous l'empire de la loi locale, à moins qu'il n'apparaisse d'une volonté probable des parties en sens contraire.

4° *Les lois réglant l'état des propriétés.* Les biens-fonds ont un état comme les personnes; j'appelle de ce nom les lois qui les assujettissent à certaines servitudes, à certaines charges, à certains impôts. Il est évident que la loi de la situation est seule à considérer ici, quelle que soit la nationalité du possesseur.

Je pourrais encore citer bien d'autres exemples; mais en esquissant ces grandes lignes, je ne prétends pas faire disparaître toute difficulté d'un sujet qui en présente beaucoup. Je me contenterai de poser ici une ou deux questions, plutôt pour montrer comment on peut les résoudre, que dans le but d'épuiser une matière où elles semblent naître les unes des autres.

Ire *question.* — Lorsqu'un étranger possédant des immeubles dans un pays qui n'est pas le sien, vient à décéder, est-ce d'après la loi successorale de son pays, ou d'après celle de la situation des biens, que l'hérédité sera réglée? Rationnellement parlant, il faudrait suivre la loi du domicile du défunt : car, la

dévolution des hérédités devant être fondée sur la volonté présumée de la personne, ainsi que nous le dirons plus bas, c'est la loi du domicile qui est la plus à même de faire connaître cette volonté. Mais cette décision pourra souvent être rejetée au point de vue du droit positif, s'il apparaît que la loi successorale de la situation des biens est fondée sur des motifs politiques, par exemple si elle exclut les femmes de la succession. Alors on appliquerait sans doute la loi locale comme étant d'ordre public.

II[e] *question.* — Les meubles possédés par un étranger sont-ils soumis au statut réel, ou au statut personnel?

L'opinion générale est que les meubles ne sont régis que par le statut personnel, parce qu'ils n'ont point d'assiette fixe, qu'ils sont censés se trouver au domicile du possesseur, et que *mobilia ossibus personæ inhærent*[1]. Aucune de ces raisons ne paraît toutefois à l'abri de la critique. Et d'abord, quant au fait que les meubles n'ont pas d'assiette fixe, cela ne prouve pas qu'ils ne doivent point être régis par la loi du lieu où ils se trouvent, pendant qu'ils s'y trouvent. La fiction qui les répute placés au vrai domicile du possesseur est une fiction inventée par ceux-là mêmes qui en avaient besoin pour faire ad-

[1] V. Fœlix, n° 37, et les nombreuses autorités qu'il énumère. Tous ces auteurs se sont laissé préoccuper par la question de succession, sans voir qu'elle n'était pas toute la question, et même qu'elle était indépendante, à proprement parler, de la distinction des statuts.

mettre le système du statut personnel. Enfin, l'adage *Mobilia ossibus personæ inhærent*, qui a la même origine, est une exagération un peu forte. Voici, à ce qu'il me semble, la vérité à ce sujet. Les meubles dépendant d'une succession devront, en effet, être déférés selon la loi du pays du défunt, non point parce qu'il s'agit de statut personnel, mais par interprétation de sa volonté. Quant à tous les autres points, ils seront soumis au régime légal du lieu de leur situation actuelle. C'est pourquoi si, dans ce régime, l'hypothèque des meubles est permise, ils pourront y être hypothéqués. De même encore, s'il y a lieu à une saisie, on suivra les formes du pays, et ce sera également d'après la loi du pays que se règleront les collocations et les priviléges des créanciers, sans avoir égard aux usages ayant cours au domicile du propriétaire.

CHAPITRE VIII.

De l'Abrogation des Lois.

Les lois cessent d'être obligatoires, ou par une loi postérieure qui les abroge, ou par la désuétude.

Le législateur exerçant une toute-puissance limitée seulement par les règles de la justice, personne ne doute qu'il ne puisse révoquer les lois anciennes

aussi bien qu'en promulguer de nouvelles. Cette abrogation peut être soit expresse, soit tacite.

Aucune difficulté ne s'élève quand la loi postérieure contient formellement l'abrogation de la loi antérieure. Mais souvent cette abrogation n'est que tacite, c'est-à-dire qu'elle résulte seulement de la contrariété entre les deux lois, cas auquel il est évident que c'est la dernière qui doit prévaloir comme étant l'expression de la volonté actuelle du législateur. Alors il se présente souvent du doute pour savoir jusqu'à quel point les deux lois sont incompatibles.

Une loi spéciale n'abroge dans la loi générale antérieure que celle des dispositions à laquelle elle est contraire.

Une loi générale postérieure n'abroge pas ordinairement une loi spéciale, à moins qu'il n'y ait incompatibilité bien constatée entre leurs principes. Au contraire, on jugera facilement qu'une loi générale sur une matière abroge tacitement la loi générale antérieure, encore qu'il n'y en ait pas de clause formelle, et qu'il se trouve dans les deux quelques prescriptions qui puissent coexister [1].

Mais à vrai dire, toutes les règles que l'on préten-

[1] Ainsi, quand même la loi du 30 ventôse an XII n'aurait pas ôté formellement toute force obligatoire au droit romain et aux coutumes, on aurait dû juger que le Code civil les avait virtuellement abrogés, par cela seul qu'il contenait un système complet et nouveau de législation.

drait tracer ne serviront jamais autant que le bon sens pour résoudre ces sortes de questions.

La désuétude, second mode d'abrogation des lois, repose sur le même fondement que le premier, rien ne prouvant mieux la volonté du législateur de détruire le principe d'une loi, que la tolérance par laquelle il souffre qu'elle ne soit pas exécutée.

De nos jours on a prétendu[1] que dans un état constitué sur ses véritables bases, ce mode d'abrogation ne devait point être reconnu; qu'il encourageait au mépris de la loi; qu'il était concevable dans une société primitive, où les pouvoirs législatifs n'étaient pas bien définis, mais qu'il ne pouvait s'allier avec une constitution où le législateur est en permanence; qu'il était, enfin, entouré d'un vague perturbateur de tous les intérêts. On fait remarquer dans ce système, que du temps de la république romaine, quand cinq ou six pouvoirs se partageaient le droit de faire la loi, les jurisconsultes reconnaissaient l'abrogation par la désuétude; mais que les empereurs, dès qu'ils furent devenus législateurs souverains, s'empressèrent d'en abolir le principe[2]. On cite également l'ex-

[1] V. entre autres Foucart, *Eléments de Droit public et administratif*, tom. 1, p. 70.

[2] En effet, on lit au Digeste: *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (l. 32, de Legib.). Mais Constantin posa une règle différente: *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque suo valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* (L. 2, quæ sit Long. Cons., C.)

emple de l'Angleterre, où il est tellement passé en chose jugée qu'une loi ne peut être abrogée que par une autre loi, qu'on y vit, il n'y a pas long-temps, une cour d'assises dans la nécessité d'ordonner un duel judiciaire, parce que la loi ancienne qui admettait ce genre de preuve n'avait jamais été révoquée [1].

Quelques législateurs, se rendant à ces idées, ont en effet décrété qu'une loi ne pouvait jamais tomber en désuétude [2].

Mais ce principe me semble enchaîner l'avenir avec trop peu de prudence. Quelle garantie que le souverain proclamerait exactement l'abrogation de toutes les lois devenues inutiles, peut-être même dangereuses! Il pourrait les laisser dans l'ombre précisément parce qu'elles ne seraient plus appliquées, et l'on viendrait ensuite, après un siècle, les réveiller de leur léthargie sous prétexte de défaut d'abrogation! Quels graves inconvénients pourraient en résulter!

[1] En 1817, un nommé Thornton est accusé d'avoir tué une jeune fille du nom de Maria Ashton, avec des circonstances très-aggravantes. Après son acquittement par le jury, le frère de la personne assassinée, revenant d'outre-mer, forme appel du jugement. Thornton offre de se justifier par le combat singulier, et les juges se croient obligés d'admettre sa demande, conforme à la loi ancienne, qui n'avait pas été abrogée. Heureusement, le frère de la victime, réfléchissant que son adversaire était très-vigoureux et très-exercé au fait des armes, se désista. Le Parlement rendit un bill l'année suivante pour prévenir le retour d'un pareil scandale judiciaire.

[2] « Les lois conservent leur force obligatoire tant qu'elles n'ont pas été changées ou expressément abrogées par le législateur. » (*Code autrichien*, art. 9.)

On cite l'exemple de l'Angleterre; mais laissons là l'Angleterre et ses lois! Je ne vois rien de séduisant dans un principe en vertu duquel les juges étaient obligés de rouvrir l'arène du combat judiciaire en plein XIXe siècle.

Voilà précisément l'un des inconvénients auxquels on échappera par la règle de la désuétude, règle qui, toujours reconnue depuis les temps anciens, ne paraît pas avoir excité de réclamations dans la pratique.

La désuétude est la mort des lois; mais la mort n'atteint que les choses humaines. Pour les lois naturelles, elles ont une plus haute origine. Immuables comme Dieu même qui les a promulguées, la désuétude ne peut ni les corrompre ni les abroger.

Ainsi, quand même, dans un état en proie à l'anarchie, le meurtre ou le pillage serait depuis longtemps passé en usage sans qu'on voulût ou qu'on pût le réprimer, il ne s'ensuivrait pas que, du moment où le pouvoir reprendrait quelque force, les tribunaux pussent refuser d'appliquer les lois anciennes et laisser les crimes impunis.

Enfin, que faut-il penser d'un dernier mode d'abroger les lois, dont certaines personnes ont prétendu faire la théorie? Je veux parler de l'*insurrection*[1].

[1] M. Rey s'étend assez longuement sur ce mode d'abrogation; il pense même qu'il serait utile de le déclarer formellement dans la loi. Je suis loin de partager son avis. (V. son *Traité des Principes généraux du Droit*, p. 351.)

L'insurrection est un de ces faits exorbitants qu'on ne peut pas plus faire entrer dans les systèmes, qu'on ne peut en nier l'influence. Elle est pour les sociétés ce qu'est le droit de défense personnelle pour les individus, droit extrême, mais inaliénable. La raison trace difficilement la limite du droit dans ces explosions de la machine sociale[1]. Il est vrai de dire, au surplus, que l'insurrection est plutôt un moyen de changer la forme du gouvernement que d'abroger les lois. Dès qu'un nouveau pouvoir est établi, son premier soin est d'anéantir les lois qui avaient été la cause ou le prétexte de la révolte. Mais il serait à désirer qu'il passât en dogme que cette abrogation formelle est nécessaire, ne fût-ce que pour ne point mettre dans la conscience des hommes que la force, agissant tumultuairement, peut jamais triompher du droit.

[1] Je suis assez de l'opinion d'un publiciste célèbre, qui a dit : « C'est une délicate question, que celle qui touche à l'indication du point auquel finit le devoir de l'obéissance et commence celui de la résistance. La théorie de l'oppression n'est pas encore fixée... Mais, en matière d'insurrection, quelque chose vaut mieux que de demander quel en est le droit : c'est d'empêcher qu'elle ne puisse naître; c'est de faire qu'il n'y en ait aucune cause. (De Pradt, *De la Révolution d'Espagne*, p. 48.)



CHAPITRE IX.

Du Style des Lois.

Le plus grand mérite que l'on doive rechercher dans la rédaction des lois est la brièveté, la simplicité et la clarté.

Quoi de plus fatigant que de lire les constitutions de Justinien et des empereurs du Bas-Empire, dont le langage ampoulé contraste si fort avec la latinité sobre et pure des lois anciennes! Les épithètes les plus oiseuses, des digressions et des phrases interminables, vous font oublier le commencement de la disposition avant que vous n'arriviez à la fin. Les lois françaises modernes, et surtout le Code civil, me paraissent un modèle presque irréprochable du style que doit adopter le législateur.

Qu'il évite toute expression confuse; que sa phrase soit courte et sans équivoque. Il ne doit point oublier que les jurisconsultes attendent chacun de ses mots pour le peser et le retourner dans tous les sens. Il étudiera donc le sens propre de chaque mot avant de l'employer : « Tel mot, telle loi, a dit avec raison Bentham. Fait-on des lois autrement qu'avec des mots ? Vie, liberté, propriété, honneur, tout ce

que nous avons de plus précieux, dépend du choix des mots [1]. »

Mais je ne suis plus de l'avis de Bentham quand il voudrait que la loi contînt non-seulement la disposition impérative, mais encore le commentaire raisonné et le motif de sa disposition : « Accompagnez vos lois de raisons qui les justifient; c'est un repos ménagé dans une carrière fatigante et aride. Ce sera un moyen de plaisir, si, à chaque pas qu'on fait, on trouve la solution de quelque énigme, si on entre dans l'intimité du conseil des sages, si l'on participe aux secrets du législateur. Si, en étudiant le livre des lois, on y trouve encore un manuel de philosophie et de morale, c'est une source d'intérêt que vous faites jaillir du sein d'une étude dont l'ennui repousse aujourd'hui tous ceux qui n'y sont pas attirés par la nécessité de leur condition. C'est un attrait pour la jeunesse, pour les gens du monde, pour tous ceux qui se piquent de raison et de philosophie, et bientôt il ne sera plus permis d'ignorer ce qu'on aura rendu facile et agréable à apprendre.

» Cet exposé des raisons rendra vos lois plus faciles à concevoir; une disposition dont on ignore le motif ne jette pas de profondes racines dans l'intelligence. On ne comprend bien que les objets dont on comprend le *pourquoi*. Les termes de la loi peuvent être clairs, familiers; mais ajoutez-y la raison de la loi, la lumière augmente; il ne peut plus rester de

[1] BENTHAM, *Traité de Législation*, t. I, p. 364.

doutes sur la véritable intention du législateur; l'intelligence de ceux qui la lisent communique immédiatement avec l'intelligence de ceux qui l'ont faite.

».... La loi fondée sur des raisons s'infuserait pour ainsi dire dans l'esprit du public, elle deviendrait la logique du peuple, elle étendrait son influence jusque sur cette partie de la conduite qui n'est que du ressort de la morale. Le code de l'opinion se formerait par analogie sur le code des lois; c'est une boussole pour les juges et pour tous les employés du gouvernement. La raison énoncée ramène sans cesse au but du législateur ceux qui auraient pu s'en écarter. Une interprétation fausse ne pourrait cadrer avec cette raison. Les erreurs de bonne foi deviennent comme impossibles, les prévarications ne pourraient se cacher : la route de la loi est éclairée dans toute son étendue, et les citoyens sont les juges des juges.

» Sous un point de vue plus général encore, l'adoption de cet usage est recommandable par son influence sur le perfectionnement des lois. Le besoin de fournir à chaque loi une raison proportionnée sera d'une part un préservatif contre une routine aveugle, et de l'autre un frein contre l'arbitraire. Si vous êtes toujours obligé d'énoncer un motif, il faudra penser au lieu de transcrire, se faire des idées distinctes, ne rien admettre sans preuves; il n'y aura plus de moyen de conserver des distinctions fantastiques, des dispositions inutiles, des gênes surérogatoires. Les inconséquences deviendraient trop

saillantes, les disparates du bon et du mauvais blesseraient tous les yeux. Les parties les plus défectueuses tendraient sans cesse, par cette comparaison, à se corriger sur le modèle des plus parfaites; celles qui auraient atteint le plus haut degré de perfection ne pourraient plus le perdre. Une bonne raison est une sauvegarde qui les défend contre les changements précipités et capricieux ; un cortége aussi respectable en impose au novateur le plus téméraire. La force de la raison devient la force de la loi ; c'est comme une ancre qui empêche le vaisseau de flotter au gré des vents ou de dériver insensiblement par la force d'un courant invincible [1]. »

J'ai cité ces pages comme ce qui a été dit de mieux en faveur d'une coutume que Bentham voudrait plutôt rajeunir que présenter comme nouvelle : car on sait que c'était l'habitude des anciens législateurs que de mêler ensemble et la loi et les motifs de la loi. Je ne partage pas, du reste, l'avis de ce philosophe, avec quelque talent qu'il soit exprimé.

Le législateur n'est pas un professeur de logique ; il ne parle pas pour persuader, il ordonne. C'est aux jurisconsultes à rechercher dans les procès-verbaux de la discussion quel a été le motif de la loi, pour éclairer les questions ambiguës. Quant au législateur, il doit se borner à commander. Il doit le faire en termes clairs, il ne doit que cela.

On laisse à penser si ce n'est point une chimère

[1] Bentham, *Traité de Législation*, tom. III, p. 289.

que d'espérer que le motif de la loi, joint à ses dispositions, en rendra l'étude populaire et la fera cultiver de la jeunesse et des gens du monde. On ne voit pas que le droit romain en soit devenu plus populaire, parce qu'il présentait cette confusion à un très-haut degré.

Bentham a comparé ingénieusement la raison de la loi à une ancre qui empêche le vaisseau de dévier. On pourrait dire aussi que ce serait une ancre qui surchargerait terriblement le navire. Quel serait le volume de nos codes, si chacun de leurs articles portait avec lui sa justification dogmatique, nécessairement plus longue que l'article lui-même ! Le caractère le plus précieux des lois, la brièveté, serait entièrement perdu.

Enfin, qu'arriverait-il lorsque ceux qui votent la loi la votent par des raisons différentes? Nos législateurs ont déjà tant de peine à se mettre d'accord sur la loi elle-même! Faut-il exiger d'eux qu'ils aient encore à discuter sur le motif par lequel ils la veulent?

Si chaque loi était accompagnée de son motif, les articles deviendraient des chapitres, et les codes des bibliothèques. On croit qu'on aurait diminué par-là le nombre des procès; au contraire, on l'aurait augmenté : car plus la loi est verbeuse, plus elle prête à l'interprétation. Dans notre régime de publicité, ce n'est point d'ailleurs sur l'intention du législateur manifestée à la tribune des deux chambres, que des incertitudes s'élèvent; elles naissent, ces difficultés, des mille rapports, impossibles à prévoir d'avance,

entre la nuance d'expression choisie par le législateur et les variétés infinies des combinaisons qu'amène la pratique. De là l'avantage d'une loi sobre de paroles.

En consacrant le vœu de Bentham, on n'empêcherait pas les lois injustes ou oppressives : car ceux qui ont le pouvoir de les faire, ne manqueraient pas d'un prétexte pour les justifier. Mais on verrait les jurisconsultes, à force d'épiloguer sur le commentaire, prouver qu'il annulle le texte. Ce sont sans doute ces inconvénients qui faisaient dire à Sénèque cette parole sensée par laquelle je termine : *Nihil frigidius quam lex cum prologo.*

CHAPITRE X.

De l'Interprétation des Lois.

Ceux qui veulent faire accroire à la jeunesse que l'on peut apprendre à interpréter les lois au moyen de dix ou douze axiomes tels que *Specialia generalibus derogant*, ou *Odia restringenda, favores ampliandi*, s'abusent étrangement, ou veulent abuser les autres. Ces axiomes, appuyés de l'argument *a contrario* et de tout le *farrago* des scolastiques, n'apprendront jamais à raisonner à ceux qui ont l'esprit faux, et ne serviront qu'à embarrasser ceux qui ont l'esprit

juste. Les lois s'interprètent par le bon sens, faculté native, incommunicable, rebelle à l'analyse, indocile à tous les préceptes.

Approchez-vous de la loi avec un cœur simple, sans parti pris, sans passion surtout, si cela est possible; écartez les préjugés d'école comme les sollicitations de l'intérêt personnel; n'ayez d'autre désir que celui de la justice, d'autre but que de trouver le sens probable de la loi dans l'intention de ceux qui l'ont faite, et la vérité n'échappera point à vos efforts.

On peut donc considérer comme d'inutiles jeux d'esprit les immenses chapitres de Puffendorf et des autres sur cette matière, tout remplis d'hypothèses ambiguës imaginées à plaisir. La pratique est plus simple, heureusement, que les combinaisons des rhéteurs[1].

Je n'approuve donc pas entièrement la partie que les auteurs allemands contemporains consacrent d'or-

[1] La plupart de ces hypothèses ressemblent à des charades; par exemple celle-ci, empruntée à Quintilien : — Une loi ordonne que toute personne qui aura tué un tyran aura une statue dans le gymnase; une autre loi défend d'élever dans le gymnase des statues à des femmes. Or, une femme tue un tyran : *quid juris?* (Quintil., *Instit. Orat.*, lib. VII, c. 7.) — Sénèque suppose aussi quelque part une loi qui autorise toute femme victime d'un rapt à exiger que le ravisseur l'épouse, ou qu'il soit puni de mort. Un homme enlève deux femmes le même jour; l'une opte pour le mariage, l'autre pour la peine de mort : quelle est celle dont la volonté prévaudra? Ce serait le cas, ou jamais, d'appliquer la maxime *In dubio quod minimum est sequimur.* Mais si elles veulent se faire épouser toutes les deux?

dinaire à ce sujet sous le nom d'*herméneutique*, car la chose n'a pas gagné en se reproduisant sous un nom grec.

Qu'on me permette à cette occasion de blâmer l'abus qu'on fait souvent des brocards de palais, espèces d'adages dont l'influence a été pernicieuse dans la science. Il pouvait paraître commode d'accorder une sorte d'autorité mystérieuse à deux ou trois mots latins par lesquels on se fermait mutuellement la bouche en se dispensant de raisonner. Ces brocards contenaient l'expression d'une certaine vérité relative, exacte dans quelques circonstances, et qu'on appliquait ensuite à tous les cas, sans vérifier si les circonstances étaient les mêmes. Science si vaine, du reste, qu'il n'était presque pas une de ces maximes qui ne fût démentie par une maxime contraire! Au brocard *Ubi eadem ratio, idem jus*, on répondait par celui-ci : *Qui de uno dicit, de altero negat.* — L'adversaire insistait en disant: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus;* mais on ajoutait aussitôt par voie de réfutation : *nisi subsit ratio distinguendi.* — On aurait beaucoup fait pour la science si l'on convenait de laisser tomber dans l'oubli ces reliques impuissantes de la logique du moyen âge[1].

[1] La plupart de ces axiomes étaient réunis dans le titre préliminaire du *Projet de Code civil* rédigé par MM. Portalis, Bigot-Préameneu, Malleville et Tronchet. Ce titre, qui développait les principes généraux du droit, fut retranché avec raison comme appartenant plus à la philosophie qu'au livre de la loi.

CHAPITRE XI.

De la Coutume.

Indépendamment du pouvoir législatif proprement dit, la coutume (*mores, consuetudo*) joue aussi le rôle de législateur. Les usages constants et anciens ont pour les tribunaux la force des lois.

On a discuté si le principe obligatoire de cette espèce de droit dérivait de la volonté générale du peuple parmi lequel ces coutumes se développent, ou bien de l'adhésion tacite du pouvoir législatif, qui pouvait les abroger comme toute autre loi, et qui, en les laissant établir, est censé les avoir approuvées[1]. Les deux motifs peuvent être allégués. Si le souverain pouvait décréter une législation assez complète pour qu'elle ne présentât aucune lacune, le mieux serait sans doute qu'il n'y eût pas de droit non écrit, toujours moins clair et moins facile à constater que l'autre. Mais comme on ne peut espérer tant de perfection, le droit non écrit sert de supplément. Il a du moins l'avantage d'être le plus conforme aux mœurs et à la volonté générale.

[1] V. FALCK, *Encyclopédie juridique*, p. 19 (trad. Pellat). Cicéron a dit : « *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod* voluntate omnium *sine lege vetustas comprobavit* » (DE INVENT., II, 2.)

Quant à l'ancienneté que doit avoir une coutume pour être réputée obligatoire, il est impossible de rien préciser, pas plus que quant au nombre de précédents qui la constitueront. Ce nombre sera d'autant moins grand que le fait sera plus public, plus solennel, et qu'il sera de nature à se renouveler plus rarement. Il faut s'en rapporter à ce sujet à l'appréciation des tribunaux.

L'existence même de la coutume se prouvera ou par la connaissance personnelle du juge, ou par des enquêtes, ou par des actes de notoriété, ou par des parères [1]. Les jugements rendus en conformité de l'usage allégué seront aussi un des meilleurs moyens de le constater et même de le confirmer. C'est en se sens que l'on a pu quelquefois attribuer force de loi à une série d'arrêts rendus dans le même sens; car autrement la jurisprudence n'est point par elle-même une source du droit, comme on le dira bientôt [2].

Mais il ne faut pas confondre le droit non écrit, dont nous parlons ici, avec ce qu'on appelait le droit coutumier sous l'ancienne monarchie. Le droit coutumier avait pu prendre son origine dans des usages spontanément établis selon les diverses provinces;

[1] Le mot de *parères* (de l'italien *parere*, consultation) est propre au commerce. On entend par-là une attestation revêtue de la signature d'un certain nombre de négociants qui certifient l'existence d'un usage dans telle localité.

[2] *Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem*, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, *vim legis obtinere debere.* » (L. 38 Digest., de Legib.)

mais depuis long-temps ce droit avait été fixé par écrit et avait reçu la sanction de l'autorité publique. Le nom qu'il conservait ne lui était donné que par opposition au droit romain. Quelle qu'ait été d'ailleurs l'influence du droit coutumier sur la formation de nos lois actuelles, il a cessé aujourd'hui complètement d'être obligatoire.

CHAPITRE XII.

De l'Equité.

Indépendamment des lois écrites et des coutumes, on regarde encore l'équité comme une source du droit. Elle est le supplément indispensable de toute législation.

Ce mot est un de ceux qu'on a souvent à la bouche, sans approfondir le sens qu'on lui attribue. D'ordinaire on invoque l'équité quand on voit la loi positive consacrer une injustice, ou du moins être impuissante à l'empêcher. *Summum jus, summa injuria*, s'écrie-t-on d'une manière instinctive. C'est ici le lieu de donner plus de précision à ces idées.

L'équité, quand on veut l'envisager philosophiquement, ne se confond pas avec le droit, pas même avec le droit naturel, comme le feront sentir quelques exemples.

C'est une règle de droit naturel, que celle qui ordonne au débiteur de payer son créancier. Cependant, supposez que je sois riche, que mon débiteur soit dans la misère, qu'il soit surchargé de famille, et qu'il n'ait pour la nourrir que le travail de ses mains; supposez que dans cette position, pouvant me passer de ce qu'il me doit, je le fasse mettre en prison. Je n'aurai pas violé le droit naturel, mais j'aurai violé l'équité; *summum jus, summa injuria.*

J'avais besoin de certaines denrées, et, sachant par diverses circonstances qu'elles hausseraient prochainement de valeur, j'en achète une grande quantité d'une personne à qui ces circonstances n'étaient pas connues. La hausse ruine mon vendeur. Certainement l'équité voudrait que je l'indemnisasse, quoique le droit ne le demande pas.

L'équité et le droit naturel peuvent donc tenir un langage différent. Et en effet, si l'on veut s'attacher à l'analyse rigoureuse des idées, l'équité consiste dans la différence du droit naturel et de la morale. Elle est donc plus exigeante que le droit; elle n'autorise pas tout ce que le droit autorise[1].

Mais d'ordinaire, sans observer ces nuances, on oppose l'équité à la loi positive, et alors on ne la distingue pas du droit naturel, parce qu'ils réclament presque toujours dans le même sens.

La loi positive, ne statuant que pour le commun des cas, n'entre pas dans les exceptions que la com-

[1] V. ci-dessus (p. 193) les différences que nous avons établies entre la morale et le droit naturel.

binaison des faits réalise, et elle ne peut pas y entrer, sans quoi l'on verrait les restrictions détruire les principes, les procès se multiplier, et au milieu de tout cela la justice n'en serait pas mieux rendue, tant il pourrait se glisser d'arbitraire dans l'appréciation des faits! Alors on dit que la loi, juste en principe général, blesse l'équité dans telle hypothèse particulière.

D'autres fois le principe même de la loi est injuste par une erreur de ceux qui l'ont faite, et l'équité réclame continuellement contre son application.

Quelle doit être, maintenant, l'autorité de cette équité si souvent invoquée dans le droit positif, et en particulier dans le droit français [1]?

Le juge ne doit point y avoir égard, toutes les fois que la loi est formelle. Soit, en effet, que le législateur accorde un droit, soit qu'il prononce une peine ou une déchéance, dès qu'il parle clairement, sa disposition doit être obéie avant tout.

Mais si la loi est obscure ou ambiguë, si elle peut s'interpréter dans deux sens, c'est alors que le magistrat doit préférer celui avec lequel l'équité s'accorde le mieux.

Et à plus forte raison, lorsque la loi a omis de s'expliquer sur telle ou telle matière, il suivra les règles

[1] On trouve dans le programme des questions soumises au congrès scientifique de France réuni à Strasbourg en 1842, la question suivante : *Quelle est, dans le droit français actuel, l'autorité de l'équité?* — Nous ne savons si cette question y a été traitée, ni en quel sens elle a été résolue.

de la justice naturelle pour former sa décision. Alors c'est plus qu'une faculté pour lui, c'est un devoir, le législateur lui ordonnant de statuer en ce cas, sous peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice[1].

Enfin, l'équité sera encore consultée dans les cas rares où la loi, trouvant difficile de poser des principes certains, aura formellement ordonné de la prendre pour guide. Dans notre droit, on en trouve un exemple par rapport aux hypothèses d'accession mobilière, que le Code civil subordonne expressément aux principes de l'*équité naturelle*[2].

Toutefois, beaucoup de personnes sont portées à accorder à l'équité plus d'empire que nous ne le faisons, et à faire fléchir devant elle les lois les plus formelles. Deux motifs concourent principalement à entretenir dans cette habitude un grand nombre de magistrats.

Le premier, qui n'a rien que d'honorable, est cette haine de l'injustice, innée dans le cœur de l'homme, passion noble et généreuse qui nous fait souffrir avec impatience qu'un fripon s'abrite derrière les articles d'un Code pour s'attribuer ce qui ne lui appartient pas, et qui nous sollicite de donner tort à une lettre morte, afin de venger la cause de la raison et du bon droit.

L'autre motif, moins excusable, c'est la paresse

[1] Code civil, art 4.
[2] Art. 565.



d'esprit, ou souvent même l'ignorance, qui s'arrangeraient parfaitement d'un système d'après lequel on résoudrait les procès par manière d'équité, sans avoir à tenir compte des principes.

Tous les hommes se croient à peu près également capables d'apprécier par le simple bon sens l'équité naturelle d'une cause; tandis que pour connaître si telle ou telle prétention est conforme aux règles du droit, il faut de la perspicacité, et souvent des études difficiles. De là cette tendance que trahissent les tribunaux à statuer en fait, comme on dit, c'est-à-dire à faire dominer l'équité seule, en éludant les prescriptions du législateur.

Ce ne sont pas sans doute les réflexions des philosophes qui arrêteront cette tendance trop générale. Elle nous paraît cependant devoir être blâmée. Lorsqu'on a accepté la mission d'appliquer la loi, on doit le faire sans arrière-pensée et sans subterfuges, et l'on ne doit pas prétendre élever la sagesse du magistrat au-dessus de la sagesse toute-puissante du législateur. Quels dangers, d'ailleurs, résulteraient de la mise en pratique de l'équité comme régulateur unique! Y a-t-il quelque chose de plus variable, de plus flottant que cette règle prétendue? Ce qui paraît équitable à un tribunal peut paraître injuste au tribunal voisin. Qui pourrait jamais prévoir l'issue d'un procès, s'il devait être jugé sans textes de loi? Les contestations pulluleraient par milliers sur cette législation confuse du sens commun, chaque plaideur entrevoyant toujours quelques motifs à alléguer en

sa faveur. Les arrêts rendus pourraient toujours être suspectés comme l'œuvre du caprice ou de la corruption. La justice des cadis n'est belle que dans les contes orientaux.

C'est là sans doute ce qui a fait dire de l'équité presque autant de mal qu'on en a dit de bien : car si elle séduit comme ramenant à la justice, elle doit effrayer comme ouvrant la porte à l'arbitraire.

Dieu nous garde de l'équité du parlement[1] ! s'écriaient nos pères, pénétrés de l'avantage que présente une règle fixe sur les intentions les plus éclairées et les plus pures; et telle était aussi l'opinion des peuples de Savoie, qui, après la conquête de François Ier, lui demandèrent en grace *de n'être pas jugés d'équité*[2].

Tant est vraie la belle maxime de Bacon : *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrium judici; optimus judex, qui minimum sibi !*

Et c'est aussi ce qui explique cette boutade de Selden sur les cours d'équité de l'Angleterre : « L'équité est une singulière chose. Pour la loi, on a un point fixe, et l'on sait à quoi s'en tenir; mais l'équité se mesure à la conscience de celui qui est

[1] CHARONDAS, *Resp.*, liv. IV, ch. 77, nous apprend que c'était autrefois une maxime vulgaire au palais.

[2] V. CONNAN, *Comm. Jur. civ.*, lib. I, ch. 2, n° 7. — Caligula paraît avoir pressenti cela, quand il menaçait Rome d'y faire régner l'équité seule : *De juris quoque consultis, quasi scientiæ eorum omnem usum aboliturus, sæpe jactavit se, mehercle, effecturum, ne quid* PRÆTER ÆQUUM *respondere possent* (SUETON. in Calig., cap. 34). Singulière menace pour un tyran!

chancelier. Suivant qu'il a la conscience plus large ou plus étroite, l'équité s'étend ou se rétrécit. C'est comme si l'on prenait pour unité de mesure la longueur du pied de ce magistrat. Quelle incertitude en résulterait? Un chancelier a le pied long, l'autre a un petit pied, le troisième a un pied ordinaire. Il en est absolument de même de sa conscience[1]. »

CHAPITRE XIII.

De la Doctrine.

Les codes projettent derrière eux, comme une ombre immense, ce grand travail de l'esprit humain auquel donne lieu leur interprétation : je veux parler de la jurisprudence et de la doctrine.

[1] En Angleterre il n'y a qu'une cour d'équité, siégeant à Londres; elle est composée d'un seul juge, le lord-chancelier. Ce serait avoir une fausse idée de sa juridiction, que de croire qu'elle déroge à la rigueur des lois ou qu'elle statue sur des points non réglés par le droit positif. Telle a pu être la cause de son institution, mais actuellement elle juge d'après des précédents souvent tout aussi peu équitables que la loi commune. La cour d'équité connaît, en général, des accidents, des comptes, des causes concernant les mineurs, des fidéicommis (*trusts*), et de l'exécution réelle des contrats (les autres cours du royaume suivent le droit romain ancien, qui ne permettait de condamner qu'à une somme d'argent représentative des dommages-intérêts de la partie). Le chancelier, chargé de ces

La loi ne peut faire autre chose que de poser les principes généraux. Ce serait concevoir un espoir chimérique que de croire qu'elle peut régler tout d'avance, de manière à ce qu'on n'eût qu'à l'ouvrir pour y trouver la solution des difficultés qui pourront naître. Quelques législateurs s'en sont flattés. Justinien, dans la préface du Digeste, défendit expressément d'écrire des commentaires sur ses lois. Il avait cru les rendre inutiles en glanant dans les écrits des jurisconsultes toutes les questions qui s'étaient présentées depuis plusieurs siècles. Mais il ne parvint qu'à produire la législation la plus obscure, la plus volumineuse et la plus contradictoire, et les commentaires infinis dont elle a été l'objet ont bien trompé ses prévisions [1].

Frédéric Ier avait eu la même illusion que Justinien; et l'on prétend que Napoléon ne put maîtriser un mouvement de dépit quand on lui présenta le premier commentaire sur le Code civil.

attributions immenses, est en même temps orateur de la chambre des pairs et ministre. On doit croire que l'expédition des affaires s'en ressent. — « Tous ces corps hétérogènes sont recouverts d'une seule robe, disait Bentham, de telle sorte que l'un doit corrompre l'autre, et que tous doivent empêcher chacun de remplir ses fonctions. C'est l'ordre et l'harmonie dans le chaos. » *Draught of a Plan for judicial Establishment in France.*

[1] On prétend qu'il y a déjà plus de cent ans, un professeur des Pays-Bas calculait qu'un homme qui vivrait un siècle, et qui lirait douze heures par jour, n'aurait pas le temps de lire le titre de tous les ouvrages publiés sur le droit romain seulement. Je cite ce fait, dans lequel il entre beaucoup d'exagération, sous la foi de Cooper, *Lettres sur la Chancellerie anglaise*, lettre 32, note 3.

Ces grands hommes avaient-ils le pressentiment de ce qui devait arriver? La loi est immobile, mais la société marche. De nouveaux besoins se manifestent. La pratique est l'écueil où se révèlent les imperfections des codes; elle lance en avant ses pionniers, qui fraient les voies nouvelles, qui signalent les réformes désirables. La doctrine et la jurisprudence leur servent d'organe. Il se fait de l'une à l'autre un échange continuel d'idées, d'abord pour expliquer la loi, bientôt pour la devancer; et c'est ainsi que s'accomplit peu à peu ce travail des esprits d'où sort inévitablement la destruction des œuvres les plus respectées.

Ce fait est nécessaire, quoiqu'il puisse blesser l'amour propre de ceux qui voudraient attacher leur nom aux lois qu'ils ont faites. Le temps, qui respecte les lois naturelles, use peu à peu les lois positives. Elles ne peuvent pas se flatter d'être assez parfaites pour durer toujours, ni assez claires pour se passer d'interprétation.

On entend par doctrine les opinions manifestées sur un point de droit par les auteurs.

La doctrine n'est pas une source du droit : car les tribunaux ne sont point assujettis à consacrer l'opinion des jurisconsultes qui ont écrit sur la science, quand même, par impossible, ils seraient tous d'accord[1]. Cependant, de même que pour la jurispru-

[1] A Rome il en était autrement, comme l'indique ce passage des Institutes : « *Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus in-*

dence, la doctrine, quand elle est unanime ou du moins établie par une majorité imposante de suffrages, exerce une grande autorité.

Elle ne pourrait acquérir un caractère obligatoire, qu'autant qu'ayant toujours été observée dans la pratique, elle pourrait être considérée comme étant passée en coutume. Alors l'opinion des auteurs serait plutôt un moyen de prouver cette coutume qu'un droit par elle-même; et c'est ainsi que le témoignage des livres peut souvent être invoqué, précisément pour établir l'ancienneté d'un usage que l'on présente comme droit non écrit.

On a vu quelquefois le législateur accorder force de loi aux livres de certains jurisconsultes, en ordonnant aux juges d'adopter leurs solutions dans la pratique. Le premier exemple de ce genre fut donné par Théodose, qui, dans une constitution

stitutum erat ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, *ut est constitutum.* » (Instit. Justin., lib. I, tit. 2, § 8.) — Mais il s'agit ici d'une institution toute romaine, dont voici sans doute l'origine. La justice étant rendue à Rome par de simples citoyens comparables à nos jurés d'aujourd'hui, sauf qu'ils appliquaient le droit, et que de plus ils répondaient de leur mal-jugé, selon l'usage antique, on avait cru bon d'établir des jurisconsultes officiels que ces juges pussent consulter dans les cas embarrassants. Quand ces jurisconsultes, nommés par l'empereur, étaient unanimes, leur opinion devait être consacrée par le juge, dont la responsabilité était alors à couvert. S'il y avait dissentiment entre eux, le juge suivait l'avis qu'il voulait. V. Caius, *Instit.*, comm. I, § 7.

connue sous le nom de loi des citations, consacra les écrits de cinq jurisconsultes, Papinien, Paul, Ulpien, Caïus et Modestin, en disposant que dans le doute l'opinion de Papinien l'emporterait [1]. Chez les modernes, cet exemple fut renouvelé en Espagne sous le règne de Ferdinand et d'Isabelle, qui donnèrent force de loi aux livres de Bartole et de Balde [2]. Ce moyen expéditif de faire des lois, s'il fut un honneur pour les jurisconsultes qui en étaient l'objet, témoignait de la décadence où la science était tombée. Dans tous les cas, les écrits ainsi confirmés ne valaient pas comme doctrine, mais comme loi, par l'appropriation que s'en était faite le législateur.

Hors de là, la doctrine ne doit être considérée par le magistrat que comme un moyen de s'éclairer par la discussion et par l'opinion désintéressée d'hommes instruits.

CHAPITRE XIV.

De la Jurisprudence.

J'entends ici par jurisprudence, non pas l'ensemble de la science du droit, mais la doctrine consacrée par les arrêts des tribunaux.

[1] Cette loi de Théodose-le-Jeune et de Valentinien III se trouve au Code Théodosien, *de Responsis Prudentum*.

[2] Par un édit de l'année 1496.

La jurisprudence est un appendice de la loi beaucoup plus considérable que la loi elle-même. Chez les modernes, les décisions de la justice sont recueillies avec soin et publiées dans des recueils qui vont s'augmentant chaque année avec une telle rapidité qu'il sera nécessaire, à des époques périodiques, d'en faire des révisions abrégées qui puissent servir à l'usage habituel des jurisconsultes.

Jetons un regard sur l'autorité qui doit appartenir à la jurisprudence.

Les tribunaux ne font pas le droit, ils l'appliquent. Leurs sentences ne peuvent donc pas être considérées comme une des sources du droit positif. Et en effet, la sentence d'un tribunal n'est jamais obligatoire pour un tribunal voisin, pas même dans les causes qui auraient une entière analogie avec celle déjà jugée. Le tribunal qui a rendu le jugement peut reconnaître lui-même dans une autre cause qu'il s'est trompé, et réformer sa jurisprudence[1].

[1] Il y a un pays où les tribunaux font la loi : je veux parler de l'Angleterre, théâtre de toutes les anomalies judiciaires. En Angleterre, on admet cette fiction bizarre, que la *common law* (loi commune) qui n'a jamais été promulguée nulle part, existe cependant à l'état latent, et que lorsqu'un tribunal rend une sentence sur un point de droit, cette sentence n'est que la *déclaration* de la loi préexistante. La révélation de la loi, faite ainsi par une cour de justice, fixe le point de droit; de telle sorte que ni cette cour, ni aucune autre cour du royaume, ne peut plus s'en écarter. Cela n'empêche pas que les immenses recueils de jurisprudence anglaise n'abondent de décisions contraires. Le travail de l'avocat est alors de démontrer que la question qu'il plaide est plus en rapport avec l'un des arrêts

Il est certain néanmoins que la jurisprudence constante d'un tribunal supérieur a la plus grande influence sur les décisions des tribunaux qui lui sont subordonnés, ceux-ci ne devant point engager une lutte qui n'aurait d'autre résultat que de constituer les parties en frais, quand même ils seraient convaincus que le tribunal supérieur interprète mal la loi, puisque leur jugement aurait la certitude d'être réformé. Quelques personnes étrangères à la science ont peine à comprendre la différence qui existe entre l'autorité d'une jurisprudence bien établie et celle de la loi. Cette différence consiste en ce que l'autorité de l'une n'est qu'une autorité de respect et ne part que d'une considération de prudence, tandis que l'autre est une autorité de commandement et de coërcition. Personne ne peut se soustraire à l'ordre de la loi, pas même le tribunal le plus élevé dans l'ordre hiérarchique. Au contraire, la jurisprudence est si peu obligatoire, que les juges qui ont toujours jugé de telle manière peuvent, mieux éclairés, juger tout autrement à l'avenir.

Une sentence ne peut être réformée que parce qu'elle a violé la loi; on ne la réforme point parce qu'elle a violé la jurisprudence, mais seulement parce qu'elle est contraire à la saine interprétation de la loi que cette jurisprudence consacrait.

qu'avec l'autre. Aussi Paley a-t-il justement appelé la science de la *common law* un conflit d'analogies opposées, *a competition of opposite analogies* (Paley, *Moral Philosophy*, vol. II, p. 259).

Dans les pays où, comme en France, il y a un tribunal régulateur unique, chargé de casser toutes les décisions contraires au droit, la jurisprudence ne peut manquer de prendre une prépondérance considérable, funeste sous beaucoup de rapports aux études juridiques. La doctrine est alors délaissée pour les arrêts, dont les catalogues deviennent le manuel de la science. Déduire les principes est moins important que de calculer les précédents pour et contre. Mais il ne faut pas se hâter d'accuser cet état de choses : car si la science y est moins cultivée et moins honorée, il en résulte un bien qui mérite avant tout d'être recherché. Les questions les plus usuelles du droit obtiennent une solution certaine dont l'effet est de donner plus de fixité aux jugements, et par conséquent de diminuer considérablement le nombre des procès.

Mais celui qui veut invoquer l'autorité d'un arrêt, doit examiner sous toutes ses faces si l'affaire dans laquelle il est intervenu présente les mêmes circonstances que celle à laquelle il veut l'appliquer. La combinaison des faits varie à l'infini, et souvent la différence qu'aura négligée un œil inattentif fournira un moyen évasif au jurisconsulte expérimenté. On ne peut trop répéter à l'avocat ce que lui conseillait déjà un maître de l'art, d'examiner, de peser par lui-même, de compter sur lui avant tout, et pas trop sur les arrêts[1].

[1] « *Cum infinitæ litium formæ fuerint futuræque sint, et tot*

CHAPITRE XV.

Du Système de Codification et de Non-Codification.

« Lorsque les citoyens suivent les lois, a dit Montesquieu[1], qu'importe qu'ils suivent la même ? » De nos jours, on a donné un grand développement à cette pensée, en la réduisant en système, selon le biais de l'époque. L'école historique allemande a prétendu démontrer que rien n'était plus dangereux que l'uniformité des Codes, et qu'il était préférable pour une nation de rester soumise à ses anciennes coutumes locales. C'est, je crois, M. de Savigny qui, le premier, a défendu ouvertement cette opinion[2].

sæculis nulla reperta sit causa quæ esset tota alteri similis, sapiat oportet actor, et inveniat, et judicet, et consilium a se ipso petat. » (Quintil., Instit. orat., VII, præf. in fin.)

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXX, chap. 18.

[2] La querelle s'émut originairement à propos d'un écrit de Thibaut, professeur à Heidelberg: *Uber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (sur la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne). M. de Savigny, alors professeur à Berlin, y répondit par son écrit: *Vom Beruf unserer Zeit*, etc. (de la vocation de notre siècle pour la législation, 1814), où il s'éleva contre le système de codification. Tous les publicistes de l'Allemagne, Hugo, Eichhorn, Feuerbach, prirent parti dans la querelle. On peut consulter

J'ai fait remarquer plus haut que cette opinion était en conformité avec les principes de l'école historique, qui considère le droit comme un produit du temps, du climat et des circonstances. Mais avec quelque talent que le système de la non-codification ait été présenté, il m'est impossible d'y rallier ma conviction.

Et d'abord, je demanderai ce qu'on entend par codification. Supposons un peuple régi par des lois éparses, mais bonnes, mais en parfaite harmonie avec ses besoins. Codifier voudra-t-il dire abroger ces lois, en refaire le style, tout en conservant leurs dispositions, afin d'avoir la même législation sous une forme rajeunie ? Alors je ne serais pas codificateur : car, pour se donner le plaisir de changer quelques mots, on produirait un immense inconvénient, celui de porter le trouble dans la jurisprudence que toute loi traîne après elle. Les arrêts reposent souvent sur la connexion des articles ou sur les nuances d'expression les plus légères. Otez un mot, tout retombe dans l'incertitude, au moins jusqu'à ce qu'une nouvelle jurisprudence soit formée.

Ainsi personne ne sera codificateur en ce sens, qu'il faille codifier pour le plaisir de le faire, soit que les lois appellent des réformes, soit qu'elles n'en appellent pas. Toutefois, même en ce cas, on ne niera

sur la question Bentham (*Papers relative to Codification*); Cooper (Lettres sur la cour de chancellerie anglaise, lettre 26 et les suivantes, Londres 1829); Rossi, *Droit pénal*, liv. IV, ch. 3; etc., etc.

pas sans doute qu'il soit bon de réunir les lois éparses en un seul corps, afin d'en faciliter l'étude; mais ce n'est pas là proprement codifier.

Que veulent donc dire ceux qui se posent en adversaires de la codification? Ils veulent dire que, quand même la législation d'un peuple réclame des réformes nombreuses, quand même elle est un composé de disparates, quand même elle varie de ville à ville et de province à province, quand même elle est surannée en beaucoup de points, cependant il ne faut pas rompre avec le passé et raser le vieil édifice pour en élever un nouveau. Ils préfèrent un système de réconfortation et de replâtrage. Leur doctrine n'aurait aucun sens si elle n'avait pas celui-là.

Cette doctrine, ils la justifient par les raisons suivantes :

1° Quand on a édifié l'œuvre imposante d'un Code, le législateur, par respect pour ce vaste ensemble, n'ose pas y apporter les modifications devenues nécessaires avec le temps. Il est gêné par l'unité même de la loi à laquelle il faudrait retoucher.

2° Celui qui écrit un Code pour toute une nation, est entraîné inévitablement à faire prévaloir ses propres idées contre les besoins, d'ailleurs variables, des localités. Les lois locales, surtout celles qui prennent leur origine dans la coutume, sont plus souples par leur diversité même.

3° Cette diversité entretient l'attachement des gouvernés pour leur province natale, et par suite pour

l'état tout entier qui respecte et garantit les relations individuelles.

Qu'il y ait des objets particuliers à telle ou telle province qui réclament des règlements locaux, soit pour les besoins de la culture, soit pour ceux du commerce et de la navigation, c'est ce que le bon sens indique. Mais en mettant ce point hors de discussion, je crois qu'il n'est impossible de répondre à aucun des motifs que je viens de reproduire.

Le premier des inconvénients signalés, celui de rendre plus difficiles les remaniements de la loi, passerait aux yeux de bien des personnes pour un avantage. Il peut se faire que ce fut un mal, à certaines époques, chez certains peuples peu enclins aux innovations, chez les Romains par exemple; mais c'est une question qui doit être examinée en fait. Or, de bonne foi, les modernes pèchent-ils par un excès de respect pour le droit établi? Les réformes utiles, nécessaires, se font-elles attendre? N'y aurait-il pas lieu bien plus souvent de tempérer le zèle des législateurs? Que chacun s'interroge et trouve la réponse.

Les lois sont comme ces terres qui ne veulent pas être incessamment remuées pour porter leurs fruits. La stabilité des institutions est un bien précieux, quand ce ne serait que par le danger de bouleverser la jurisprudence et de raviver le feu des procès. On sait si de nos jours l'esprit public a besoin de frein ou d'aiguillon. Respectons toute loi passable. Si elle est décidément mauvaise, l'expérience doit nous con-

vaincre que, fût-elle dans un Code, on saura bien la réformer.

Le second motif est-il plus réel? Celui qui fait un Code, dit-on, est porté à imposer ses idées préconçues à tout un peuple, sans tenir compte des circonstances locales et des mœurs des diverses provinces. Or, le régime qui convient à l'une ne convient pas à l'autre. La coutume serait un meilleur législateur. — C'est encore ici une question qui doit se résoudre en fait. Sans doute, si l'on suppose un empire dont quelques provinces seraient sous le cercle polaire et quelques autres sous l'équateur, il serait difficile de leur imposer un Code uniforme. Mais ce n'est pas le cas ordinaire. Les états modernes ne présentent pas de tels contrastes; les peuples qui les constituent sont de la même race d'hommes. Et dans l'Europe actuelle, qui marche si rapidement à l'unité, je ne vois pas, je l'avoue, de telles différences qu'il y ait impossibilité d'assujettir à la même règle les membres d'un même corps politique. Tout cela, bien entendu, en supposant un législateur sage, comme il faut toujours le supposer: car si, au lieu d'un législateur qui fasse les affaires du pays, vous mettez un pouvoir tyrannique qui veuille faire les siennes, en imposant aux gouvernés des lois factices, étrangères à leurs besoins comme à leur caractère, vous changez les termes de la question. Alors ce législateur ne réussira pas mieux à faire une loi détachée qu'à créer un Code complet.

Il est légitime, d'ailleurs, de prétendre exercer par

le moyen des lois une influence modérée sur les habitudes des populations, pourvu que ce soit dans un but utile et moral, comme, par exemple, de les assimiler plus étroitement l'une à l'autre, afin de serrer davantage le faisceau de l'état. Ceci m'amène au troisième reproche adressé à la codification. Le système contraire aurait, à ce qu'on prétend, l'avantage d'inspirer à l'homme plus d'attachement pour sa province, et, par suite, pour le pays en général. Distinguons ici deux idées. Sans doute, des coutumes ou des lois locales inspireront l'amour de la localité. Mais est-ce un sentiment si utile à développer que celui-là? Lequel vaut mieux, qu'il y ait des Bourguignons, des Alsaciens et des Provençaux, ou que tous ces intérêts de clocher se perdent dans le nom de Français? Voilà la question.

Lorsqu'on ajoute que la diversité des coutumes augmente l'attachement des citoyens au pays en général, on énonce un paradoxe difficile à soutenir. J'aurais cru et je crois encore que ce qui fait le dévouement d'un homme à son pays, c'est le sentiment de la nationalité, et que ce sentiment se forme justement de toutes les idées, de tous les usages, de tous les droits que l'on partage en commun. La cohésion fait la force; elle résulte de l'uniformité.

S'il était vrai que l'amour des hommes pour leur patrie fût en raison de la diversité des institutions, plus cette diversité serait grande, plus l'état serait fort apparemment; et si la différence des mœurs et des langues venait s'y joindre, ce serait un nouveau

gage de concorde, un élément de stabilité. On peut interroger à ce sujet les empires formés d'agrégations de peuples divers. L'Autriche possède anciennement l'archiduché proprement dit, la Bohême et la Hongrie, et depuis quelque temps déjà la Lombardie et l'état vénitien. L'on sait si cette bigarrure de nationalités lui donne plus de sécurité au jour du péril et plus de force sur le champ de bataille.

Je n'ai donc pas foi dans les avantages du système de non-codification. Ses désavantages, au contraire, frappent vivement tous les yeux. Quel chaos qu'une législation composée de pièces de rapport, mi-partie de droit coutumier et de droit écrit, présentant des lois de tous les âges qui s'abrogent ou se modifient les unes les autres, sans qu'on puisse jamais être sûr de celle qui est en vigueur! Que l'on considère seulement l'état de notre droit administratif, qui ne date encore que d'un demi-siècle, et l'on prendra dans ses archives en désordre un avant-goût de ce que vaut le régime que je combats.

A cela viennent se joindre d'autres vices inhérents à la variété des coutumes sur un même territoire : je veux parler des graves difficultés des statuts réels et personnels. Chaque tribunal est obligé d'avoir, suivant les personnes, des poids et des mesures différentes. La loi du domicile n'est jamais d'accord avec la loi de la situation. Chacun entraîne-t-il sa loi avec lui, ou subit-il celle du lieu où il se trouve? Sujet abondant de discussions pour les jurisconsultes, ample pâture pour les gens d'affaires. En attendant,

la paix et la fortune des familles demeurent compromises.

Au surplus, nous n'en sommes pas réduits sur ce point au simple raisonnement. Nous pouvons invoquer l'expérience, en examinant les résultats du système de non-codification dans deux pays qui l'ont mis fidèlement en pratique, je veux parler de l'Espagne et de l'Angleterre.

L'Espagne n'a pas de Code civil. Elle est régie par un grand nombre de coutumes provinciales (*fueros*). On y applique aussi la *novisima recopilacion* promulguée par Charles IV en 1806, vaste compilation qui n'a pas moins de six volumes *in-folio*, et qui n'est elle-même qu'une nouvelle édition plus ou moins modifiée de la *recopilacion* de Philippe II (1567). L'un et l'autre de ces livres ne sont pas des Codes, mais des recueils de pragmatiques et de décrets des rois d'Espagne de tous les âges. Ils maintiennent l'un et l'autre l'*ordenamiento de Alcala* (1348), qui lui-même donne force de loi aux *Siete Partidas* d'Alphonse-le-Sage (1263)[1]. La confusion est telle, en un mot, que, suivant quelques-uns, la loi des Visigoths, connue sous le nom de Fuero Juzgo, ne serait pas encore abrogée[2]. Les savants espagnols, loin de s'applaudir

[1] Las Siete Partidas (les sept parties), recueil de lois composé par Alphonse-le-Sage vers 1263, ne furent promulguées que par son successeur Alphonse XI, en 1348, par l'*ordenamiento* d'Alcala.

[2] Le Fuero Juzgo (*forum judicum*) fut promulgué par Recesvinde, vers l'an 652. Gans a prétendu, contre Berganza, qu'il était encore en vigueur (V. *Erbrecht*, tom. III, p. 385); mais on

de cette confusion, la déplorent, en avouant qu'il y a presque impossibilité d'arriver à une connaissance exacte de leurs lois [1].

En Angleterre, le respect pour les vieilles formes et les vieilles lois est encore plus marqué. Le fond de la législation est l'ancien droit normand du temps de la conquête, sur lequel les bills du parlement ont çà et là poussé des excroissances. Les immenses collections d'arrêts (*reported decisions*), réputés la révélation de la *common law*, ont aussi force de loi. On a porté le culte des souvenirs jusqu'à conserver dans l'usage du palais une langue qui n'est pas celle du pays, vieux jargon normand corrompu par le temps et par l'ignorance des praticiens qui le répètent sans le comprendre [2]. Fortescue et Blackstone conviennent qu'il faut vingt ans de travail pour connaître passablement la loi anglaise. Le seul recueil des statuts forme près de cent volumes [3]. Joignez à cela une pro-

regarde généralement qu'il a cessé d'être obligatoire depuis les *Leyes de Toro*, publiées par Juan II en 1427.

[1] Témoin ce passage de Marina : « *La misma experiencia nos ha mostrado que los males, abusos y desordenes del foro nacieron principalmente de la dificultad, por no decir imposibilidad, de saber nuestras leyes, a causa de su infinita multitud y variedad.* » (Ensayo sobre la legislacion de los Reynos de Leon y Castilla, tom. II, p. 192.)

[2] En voici des exemples : *feme-covert* (femme en puissance), *cestuy que use* (usufruitier), *deodand* (amende applicable à des usages pieux), *frankalmoign* (espèce de tenure féodale dérivant primitivement d'une aumône), etc., etc. Ce langage n'est plus ni français, ni anglais, quoiqu'il soit beaucoup plus rapproché de la première de ces langues.

[3] Cooper, *Lettres sur la Chancellerie*, lettre 24.

cédure qui surpasse en complication et en absurdité tout ce que les traditions de l'histoire romaine nous ont conservé de plus fantastique en ce genre [1], et vous aurez une idée des bénéfices attachés au système de non-codification pratiqué dans toute sa pureté.

Nous avons remarqué plus haut que le nombre des Codes qui se publient donne un démenti solennel à ces doctrines. L'exemple est contagieux : ceux qui n'ont pas de Code en réclament, ceux qui en ont de vieux veulent les refaire [2]. Et en effet, la législation confuse des coutumes n'a pour séduire l'esprit que sa variété même et son défaut d'harmonie, a peu près comme ces vieux édifices gothiques repris à vingt fois, qui séduisent l'amateur du pittoresque par leurs lignes capricieuses, par leurs détails infinis. Mais les lois ne sont pas des objets d'art, et il ne serait sans doute pas plus commode de nous régir par les coutumes surannées du temps passé, que de loger dans les manoirs du moyen âge, qu'on admire un moment, mais auxquels on préfère les hôtels prosaïques de notre époque pour en faire son habitation.

[1] On peut prendre une idée de la bizarrerie de la procédure anglaise dans l'*Introduction* de M. Boncenne à *la Théorie de la Procédure civile*, p. 208.

[2] Témoin la Bavière, qui, par l'organe des chambres, a demandé l'année dernière une refonte de son Code civil, qui date de 1756.

CHAPITRE XVI.

De l'Ordre des Lois. — Méthodes de Classification.

Ce n'est pas tout de faire un code de lois, il faut encore en disposer les diverses parties dans un ordre rationnel et méthodique. La question des classifications tient trop essentiellement à la philosophie du droit pour que je puisse me dispenser de l'examiner, au moins en ce qui touche le droit civil, base de tous les autres.

L'immensité des institutions dont la science du droit se compose effraierait l'esprit, si des divisions bien faites ne l'aidaient à se reconnaître au milieu de cette masse confuse. Le besoin de ces divisions se fait surtout sentir dans l'enseignement, afin de guider les jeunes gens encore inexperts dans la connaissance des lois. Il faut sillonner, pour ainsi dire, le sol de la science, d'abord de grandes routes, puis de sentiers de traverse, afin qu'ils puissent, sans risquer de se perdre, saisir les masses d'ensemble et pénétrer ensuite jusqu'au cœur des plus petits détails.

Une classification qui a pour elle de remonter jusqu'aux Romains, et d'avoir été adoptée par la grande

majorité des auteurs, est celle que Justinien a consacrée dans les Institutes, en divisant le droit en trois parties, le droit des personnes, le droit des choses, le droit des actions [1]. Je n'examinerai pas si le mot *action* signifie, dans le passage de Caïus copié par Justinien, les actions de la procédure romaine, ou s'il aurait, comme on l'a prétendu, le sens particulier de *fait* ou *d'évènement* générateur d'un droit [2]. Toujours est-il que la division de Justinien se prête assez naturellement à cette idée, que tout le droit se rapporte : 1° à la distinction des personnes ; 2° à la distinction des choses, ce qui comprend aussi les modes d'acquérir la propriété ; 3° aux droits qu'on peut avoir contre les personnes par suite de conventions ou de délits, c'est-à-dire aux obligations.

Cette classification fort simple revient à peu près à celle qu'ont adoptée les rédacteurs de notre Code civil. Elle fut suivie sans réclamation par la plupart des auteurs anciens, à une époque, il est vrai, où la critique philosophique était encore ignorée. Mais depuis, on s'en est bien dédommagé en lui prodiguant les attaques les plus amères. C'est de l'Allemagne qu'est parti le signal. L'Allemagne est le pays du philosophisme, c'est aussi le pays des méthodifica-

[1] *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* (INSTIT., de Jur. Pers., in princ.)

[2] C'est Connanus qui a prétendu donner ce sens au mot *actio;* mais cela ne s'accorde guère avec la division des Institutes elles-mêmes, où la dernière partie du IVe livre est consacrée aux actions dans le sens de réclamation judiciaire.

tions. Les Allemands sont classificateurs par excellence, cela tient à leur génie formaliste. Ils ne consentiraient point à étudier une institution, avant d'avoir déterminé avec exactitude le rang qu'elle a droit d'occuper dans l'échelle philosophique de la science. Aussi chaque professeur commence-t-il par faire son cadre ou sa méthode, dont l'exposition lui coûte plus ou moins de temps. L'élève qui change d'université doit apprendre autant de méthodes qu'il a de professeurs. Souvent aussi, arrivé à la fin de ses études, il entend expliquer précisément ce qu'on lui avait montré en première année dans une université différente.

Quoi qu'il en soit, c'est Leibnitz qui, le premier, blâma sévèrement la classification du droit romain[1]. Suivant lui, la jurisprudence ne traitant que des *droits*, et tous les droits présupposant une *personne* qui les exerce et une chose qui en est l'objet, c'est une méthode vicieuse que de parler séparément des personnes, ensuite des choses et des actions. Il ne faut considérer les droits qu'en eux-mêmes, par leurs différences intrinsèques. De nos jours, on est allé plus loin, en qualifiant d'*absurde* cette méthode, qui est celle de la loi pourtant. Autant vaudrait, a-t-on dit, présenter la botanique comme ayant trois objets : 1° les jardiniers ; 2° le sol ; 3° les arbustes [2].

[1] Dans sa *Nova Methodus*.

[2] Ces critiques sont de M. Blondeau, doyen de la faculté de droit de Paris, dans un article sur les méthodes de classification, inséré dans le IIIe volume de la *Thémis*, p. 246.

N'en déplaise à ceux qui ont imaginé cette comparaison, s'il y avait plusieurs espèces de jardiniers, et que la culture des plantes variât d'après leur qualité, il me paraîtrait en effet indispensable de commencer l'enseignement de la botanique, ou plutôt de l'horticulture, par la distinction des jardiniers; et c'est ce qui atténue beaucoup, à mon avis, l'absurdité qu'on reproche au Code civil.

Qu'y a-t-il donc de si déraisonnable à traiter d'abord séparément des personnes, puisque, d'après la condition même de ces personnes, elles usent très-diversement des droits généraux que la loi détermine comme résultant des conventions, des délits ou de la propriété!

Mais, sans nous occuper encore de justifier la méthode ordinaire, jetons un coup d'œil sur quelques-unes de celles que nos voisins d'Outre-Rhin ont prétendu lui substituer.

Leibnitz proposait de classer les droits d'après leur origine, qu'il rapportait à cinq causes : 1° droits dérivant de la nature; 2° de la convention; 3° de la possession ; 4° des successions; 5° des délits.—Mais cette méthode, qui n'a jamais été mise en pratique, aurait présenté de nombreux inconvénients. Dans laquelle de ces divisions aurait-on placé ce qui concerne la preuve par écrit ou la preuve testimoniale? Et quant aux servitudes, dont les unes résultent de la nature, les autres des contrats, les autres des testaments, il aurait fallu apparemment en traiter en trois endroits distincts.

Parmi les auteurs contemporains, au milieu de la grande diversité des plans, une idée que presque tous ont embrassée consiste à diviser leurs cours en deux parties, l'une générale et l'autre particulière. Dans la première, ils parlent des lois, des droits en eux-mêmes, de la parenté, de la distinction des choses, etc. Dans la seconde, ils envisagent les droits appliqués, tels que la propriété, les divers contrats, le mariage, la prescription, dans un certain ordre dogmatique. Tel est le plan suivi par MM. Thibaut, Mühlenbruch, Savigny, et par beaucoup d'autres.

Ainsi, M. Thibaut [1], après avoir épuisé la partie générale, divise le droit en droit de gouvernement (*Regierungsrecht*), en droits réels et en droits personnels. Le droit de gouvernement comprend le droit des finances et le droit de la police. Le droit de la police se sous-divise en puissance paternelle et en tutelle; et c'est à propos de la puissance paternelle qu'il est traité du mariage, de l'adoption, de la légitimation, qui, par conséquent, font partie du droit de la police [2]. De même, pour les droits personnels, l'auteur divise les contrats en contrats principaux et en contrats accessoires, et, pour rester fidèle à cette division, il traite de la vente au commencement d'un volume, et du pacte de réméré à la fin [3]. En outre, comme dans la partie générale, à l'occasion

[1] Dans son *Droit des Pandectes* (System des Pandekten-Rechts), Iéna 1828.

[2] V. § 326-330. *Confer* § 380, 482, 488, etc.

[3] V., pour la vente, § 855; et pour le réméré, § 957.

de l'origine des droits, il avait déjà développé les principes des contrats, il s'ensuit que la théorie des contrats en général et celle des contrats en particulier sont placés dans deux volumes différents [1].

Avec moins de confusion, M. Mühlenbruch déclare approuver la division de Justinien, *personœ*, *res*, *obligationes* [2]; mais il ramène ensuite la perplexité dans l'esprit par cette partie générale où il traite des lois, du droit, des droits pris subjectivement, de la manière de les acquérir, de les conserver ou de les perdre, des actions, des exceptions, des preuves, de la chose jugée, du concours des créanciers, de l'action Paulienne, et de mille autres objets divers classés très-arbitrairement.

M. de Savigny, qui avait vivement désapprouvé le plan de notre Code civil, a eu lui-même a en tracer un dans son ouvrage sur le droit romain actuel [3]. Il adopte la division suivante : 1° droit des choses; 2° droit des obligations; 3° droits de famille; 4° droit de succession [4]. Mais avant d'y arriver, il l'a fait précéder d'une partie générale destinée à traiter des *rapports de droit* (*Rechtsverhœltnisse*), où il envisage aussi les droits en eux-mêmes, la manière dont ils prennent naissance et dont ils s'éteignent, ainsi que les personnes auxquelles ils peuvent compéter. Cette

[1] *Des Contrats en général*, tom. I, § 141. — *Des Contrats en particulier*, tom. II, § 853.

[2] V. Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*. Halle, 1830.

[3] *Système du Droit romain actuel*. Berlin, 1840-41.

[4] Tom. I, p. 334.

partie générale a déjà cinq volumes sans être encore menée à sa fin. Quant à l'ordre qu'il suit, il est tel, que dans le troisième volume il commence par parler des testaments, pour finir par l'erreur de fait et de droit en général; et que dans le volume suivant, la première moitié est consacrée aux donations de toute espèce, et la seconde à la manière de compter le temps chez les Romains.

Or, à quoi sont arrivés, après des tentatives multipliées, tant de professeurs distingués par leur science comme par leur puissance de réflexion? A produire une quantité de plans tous dissemblables, une anarchie de méthodes, si l'expression m'est permise, au milieu desquelles l'esprit chancelle, incertain de la route qu'il doit tenir. Rien ne me rebute plus dans les ouvrages des Allemands, je l'avouerai, que l'ennui des recherches, et que ce travail préparatoire qu'il faut subir pour découvrir la place de chaque partie du droit qu'on a besoin de consulter. On ne sait jamais, notamment, si c'est dans la partie générale ou dans la partie spéciale qu'il faut aller chercher.

Je crois qu'on ne doit pas dédaigner, sans doute, un ensemble méthodique; mais je crois aussi que le principal mérite d'une classification est de mettre l'esprit à même de trouver facilement la place de ce qu'il cherche. Point de confusion, point de double emploi, point de titres trompeurs : voilà ce qu'il faut se proposer avant tout. Je comparerais volontiers les grandes divisions à des meubles, et les chapitres à

des tiroirs où tout doit être rangé avec ordre, sous des étiquettes simples et claires. Mettez le mariage dans le droit de la police, vous me déroutez aussitôt. La chose dont l'homme a le plus besoin aujourd'hui, c'est le temps. Les méthodes ont pour but de l'épargner.

Si cela est, je crois à l'incontestable supériorité de la méthode ancienne sur les méthodes nouvelles : je la regarde comme meilleure en elle-même; je la regarde aussi comme meilleure parce qu'elle est familière à tout le monde, ce qui est un immense avantage à lui seul.

Cette méthode est bonne absolument parlant, parce qu'elle offre à l'esprit des cases bien coupées dans lesquelles il sait ce qu'il trouvera. Leibnitz, qui a parlé de droit comme les philosophes, c'est-à-dire un peu légèrement, l'a critiquée mal à propos. Sa division en cinq parties, si quelqu'un eût été tenté de la suivre, aurait fait un chaos de la jurisprudence.

Qu'on puisse imaginer quelque chose de plus philosophique que la classification de Justinien, je n'en doute pas; mais le bel avantage, si les machines parfaites qu'on aura fabriquées sont d'une telle complication que les savants eux-mêmes ne puissent en saisir l'ensemble sans la plus grande contention d'esprit! Je demande alors ce que feront les étudiants ?

Outre le mérite de la simplicité, la méthode vulgaire est connue de tout le monde. Les anciens auteurs nous ont familiarisés avec elle; le livre de la loi

l'a adoptée: elle a donc l'avantage de l'unité de mesure. Ce motif seul devrait suffire à mon sens pour que l'on craignît de s'en écarter. Elle est comme un langage universel que tout le monde entend. A quoi bon vouloir créer un langage plus parfait qui ne sera plus la langue légale, et que tout le monde sera forcé de rapprendre!

Si j'avais la loi à faire, je changerais très-peu de chose à l'ordre qu'ont suivi les rédacteurs du Code civil; mais quand je vois la loi faite de cette manière, je ne puis me rendre à l'opinion des savants si nombreux et si respectables qui croient trouver quelque chose à gagner en s'en éloignant. Quelque empressé que je sois de rendre hommage à leurs lumières, à mes yeux le but principal des méthodes est de faciliter d'apprendre: celle qui facilitera le plus d'apprendre la loi, est la méthode de la loi elle-même.

CHAPITRE XVII.

Si la Science du Droit attend une Rénovation complète.

C'est Bentham qui a peint la science du droit comme étant encore dans le chaos où l'ont plongée les romanistes, sans principes arrêtés, sans langage formé, en un mot, dans l'enfance. « Les naturalistes,

dit-il, n'ont peut-être jamais méconnu au même point les premières règles de la logique. Linné a réformé le système de la botanique, mais il ne l'a pas trouvée dans l'état de confusion où est la jurisprudence. Avant lui, point de botaniste assez inepte pour avoir rangé de front la germination et la tulipe, le rameau et le blé[1]. »

Si Bentham n'avait adressé ses reproches qu'aux lois de son pays, je serais très-disposé à l'en croire sur parole. Mais il attaque toute la science comme science, en commençant par le droit romain et par ses interprètes qu'il appelle les romanistes; et ce sont en effet ces romanistes qui ont façonné la jurisprudence dans l'Europe moderne. On me permettra de relever ici en quelques mots le gant qu'il leur a jeté.

Bentham était un génie essentiellement analytique. Il aimait les classifications, les méthodes. Ce qui paraît l'avoir frappé dans l'état actuel de la science, ce seraient quelques vices dans les divisions et dans la nomenclature. Mais c'était s'arrêter à de bien petits détails pour un homme de sa portée. Les lois sont faites pour être appliquées; leur bonté ne dépend pas d'un peu plus ou d'un peu moins d'ordre, ni de la richesse du langage.

Quel est, au surplus, le grand crime des romanistes? Ils sont accusés d'avoir confondu la germi-

[1] BENTHAM, *Vue générale d'un Corps de Législation*, ch. 15, *in fine* (dans le dernier volume du Traité de Législation).

nation et la tulipe. On ne saurait trop ce que cela veut dire, si Bentham ne l'expliquait pas lui-même plus clairement, en leur reprochant d'avoir donné le nom de société au contrat par lequel on s'associe, tandis qu'il aurait fallu réserver ce nom pour l'état qui résulte de ce contrat, et appeler le contrat lui-même *association*. J'avoue que le péché me paraît véniel. Mais laissons parler Bentham en personne: « Les noms de titres, dit-il, n'auraient dû être que des noms d'évènements. Quelques-uns le sont : *occupatio, accessio, traditio;* mais la *prescription* ne l'est pas, non plus que les espèces dans lesquelles il a plu aux jurisconsultes de diviser la prescription. . . . De leur sept contrats qu'ils appellent consensuels (comme si les autres ne l'étaient pas), cinq sont des noms d'actes, *emptio, venditio, locatio, conductio, emphyteusis;* deux ne le sont pas, *societas, mandatum*[1]. »

Si les romanistes avaient envie de récriminer, ils pourraient expliquer naturellement par ce passage le peu de goût de Bentham pour le droit romain. Il n'est pas nécessaire sans doute de connaître à fond le droit romain pour le juger; on peut s'étonner cependant que Bentham ait vu sept contrats où il n'y en a que cinq. *Emptio-venditio* ne fait qu'un contrat, *locatio-conductio* un autre. Bentham en a trouvé quatre. Il n'est pas étonnant que par ce procédé il voie de la confusion où il n'y en a pas.

Que dirait-on d'un naturaliste qui croirait qu'il y

[1] *Ibid.*

a deux fleurs distinctes dans la reine-marguerite, ou deux cristaux dans le spath-fluor? Qu'en penserait-on surtout, s'il se posait en réformateur de la science?

Dumoulin disait, il y a long-temps, d'un savant qui voulait réformer le droit, avec lequel il n'était pas assez familier : « *More litteratorum qui jura degustarunt, parum felix fuit in jure interpretando*[1]. »

Les classifications ne seront jamais, quoi qu'on en dise, la chose principale dans la science des lois. Admettons pour un moment que les griefs de Bentham soient réels : ils ne prouveraient pas le moins du monde que la science soit dans le chaos. Quant à moi, je ne crois pas que l'étude de la jurisprudence en devînt plus claire et plus attrayante si, au lieu des dénominations actuelles que Bentham repousse, on adoptait la division qu'il propose des droits *intégraux*, des droits *fractionnaires*, des droits *concaténés*, des droits *propres*, des droits *fiduciaires*, des droits *corroboratifs*, des droits *accessoires*, des droits *subsidiaires*, des droits *sanctionnatoires;* et je suis loin d'avoir épuisé son énumération[2].

Ces divisions si savantes, si exactes et si philosophiques, auraient tout simplement pour résultat de rebuter l'esprit de celui qui veut apprendre, et de lui faire jeter le livre avec dégoût.

Il y a plus : pendant que je suis à répondre à Bentham, je dirai que pour le fond même des institu-

[1] C'est d'Haloander que Dumoulin parlait ainsi.
[2] *Ubi supr.*, ch. XIV, p. 325.

tions, j'ai de la défiance contre les réformes qu'il propose, quelque juste estime que l'on fasse de son esprit pratique et de sa sagacité.

Ainsi, je ne crois pas avec lui que le meilleur moyen d'assurer une bonne administration de la justice soit de rétablir la vénalité des offices.

Je ne crois pas que ce fût un grand progrès que d'autoriser le duel par la loi [1].

Je ne crois pas qu'il soit urgent de déclarer le trésor public responsable des dommages causés à la partie civile par un crime [2].

Je ne crois pas qu'il y eût profit pour la société à permettre les mariages à temps [3].

Je ne crois pas que ce soit une dette de l'état, que de créer un fonds de retraite pour les prostituées hors d'âge [4].

Je ne crois pas à la nécessité d'inscrire le nom des condamnés sur leur poignet par une sorte de tatouage, afin de les mettre dans l'impossibilité de nier leur identité [5].

Je ne crois pas qu'il fût bon, dans les cas d'attentat contre l'honneur des citoyens, de condamner le coupable *à porter une robe emblématique et un masque emblématique à tête de couleuvre pour les cas de mau-*

[1] *Traité de Législation*, tom. II, p. 257.
[2] *Ibid.*, p. 144.
[3] *Ibid.*, p. 265.
[4] Tom. II, p. 272.
[5] *Ibid.*, p. 323.

vaise foi, et à la tête de pie ou de perroquet pour les cas de témérité [1].

Bentham propose tout cela sérieusement, en vertu du principe utilitaire, infaillible, comme chacun sait. Telles sont les réformes par lesquelles il prétend renouveler la face de la science. Les romanistes, il faut en convenir, ne se sont jamais élevés à ces sublimes conceptions.

Au sortir des ténèbres du moyen âge, quand les coutumes les plus barbares régnaient, quand la confusion était partout, quand le sens de la justice paraissait perdu, c'est le droit romain, ce sont ses interprètes, qui rétablirent l'ordre, non-seulement dans la science, mais dans les choses, ce qui valait mieux. Nos institutions sont filles du droit romain. Si ce droit eût fait naufrage dans les temps de barbarie, on ne peut calculer de combien de siècles la marche de l'esprit humain en aurait été retardée.

La science du droit s'est perfectionnée depuis sans doute, et elle se perfectionnera encore. Mais elle n'est pas dans l'état de confusion que l'on dépeint. Quels sont donc les grands principes qu'il faut changer? quelles sont les grandes iniquités que le droit consacre? Quand les novateurs veulent signaler des réformes, on a vu le risque auquel ils s'exposent.

L'esclavage n'existe plus dans nos lois; la femme est devenue l'égale de l'homme; toutes les conditions

[1] *Ibid.*, p. 122.

se sont rapprochées; la puissance paternelle, dépouillée de ses rigueurs, n'est plus qu'un pouvoir de protection dans l'intérêt de l'enfant. En toute chose, les formes du droit se sont simplifiées. La loi pénale ne déploie plus ce luxe effrayant de supplices qui déshonorait les législations anciennes. Voilà des bienfaits réels. C'est à ces caractères que l'on connaît si une science est dans son enfance ou dans sa perfection : car les lois se jugent par leur contenu, et non point par leurs divisions et par leur style[1].

Je ne reconnais le droit de qualifier d'informes nos législations modernes qu'aux saint-simoniens, aux communistes, aux travailleurs égalitaires, et à tous ceux qui, à la place de ce qui est, proposent une autre organisation assise sur des bases radicalement différentes. Que ceux-là ne voient dans nos lois qu'un chaos informe, personne ne s'en étonnera. Mais ce langage a droit de surprendre de la part de ceux qui en acceptent tous les grands principes, ou qui n'y proposent que des amendements insignifiants.

L'époque où nous vivons doit paraître, au contraire, une époque heureuse pour écrire sur la philosophie du droit. L'esprit de critique a fait assez de progrès pour que l'homme ne soit plus dominé à son insu par des préjugés; il a cessé de l'être depuis longtemps par le respect des puissances établies. La rai-

[1] « *In legibus, non tam stylus et descriptio quam auctoritas... spectanda est. Alias videri possit hujusmodi opus, scolasticum potius quoddam et methodus, quam corpus legum imperantium.* » Bacon, de Certit. leg., aph. 62.

son générale n'a laissé subsister aucun privilége sans interroger ses titres. Mais aussi les institutions qui sont sorties victorieuses de cette épreuve, en ont reçu un nouveau caractère d'autorité. Lorsqu'il est permis de tout dire, et qu'on use largement de cette permission, comme aujourd'hui, les nuages du doute peuvent monter un moment vers le ciel; mais bientôt ces nuages s'abaissent, et laissent resplendir, dans une pure lumière, les bases éternelles de la société, le droit, la propriété, la famille, ces idées vieilles comme l'homme, simples comme la vérité, indestructibles comme elle.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES.

LIVRE DEUXIÈME.

Du Droit en général, et de sa Distinction d'avec la Morale.

LIVRE TROISIÈME.

Des diverses branches de la Science du Droit.

LIVRE QUATRIÈME.

Transition du Droit naturel au Droit écrit, et des Sources du Droit positif.

FIN DE LA TABLE.

